Das Mobiliarpfandrecht an eigener Sache

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von
Heinz Adolf Scheel
Referendar aus Lübeck

Marburg 1934

Druckerei Max Schmidt-Römhild, Lübeck, Mengstraße 16

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 19. Februar 1932

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Prof. Dr. Alfred Manigk,
ordentlicher Professor der Rechte an der Universität Marburg

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung . . . . . S. 9

Erster Teil

Das Recht an der eigenen Sache

§ 2 Allgemeines . . . . . S. 11
§ 3 Das dingliche Recht . . . . . S. 12

Eigentum und begrenzte dingliche Rechte im besonderen

§ 4 Theorien, die die Rechtsnatur des Eigentums leugnen . S. 15
§ 5 Quantitätstheorien . . . . . S. 17
§ 6 Qualitätstheorien . . . . . S. 18

Die Konfusion dinglicher Rechte

§ 7 Allgemeines . . . . . S. 29
§ 8 Obligatorische Theorien . . . . . S. 29
§ 9 Absorbtionstheorien . . . . . S. 32
§ 10 Zweckmäßigkeitstheorien . . . . . S. 35
§ 11 Ergebnis . . . . . S. 39
§ 12 Pfandrecht . . . . . S. 41

Zweiter Teil

Die Bedeutung des § 1256 BGB.

§ 13 § 1256 Abs. I Satz 1 BGB. . . . . S. 45

§ 1256 Abs. I Satz 2 BGB.

§ 14 Vorgeschichte . . . . . S. 48

Gründe des Nichterlöschens des Pfandrechts in § 1256 Abs. I Satz 2 BGB.

§ 15 Das Recht am Recht . . . . . S. 50
§ 16 Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum . . . . S. 52
§ 17 Vereinigung von Forderung und Schuld . . . . . S. 55
§ 18 Erlöschen des Pfandrechts . . . . . S. 58

§ 1256 Abs. II BGB.

§ 19 Entstehungsgeschichte . . . . . S. 58
§ 20 § 1256 Ab. II BGB. begründet ein echtes Eigentümerpfandrecht . . . . . S. 60
§ 21 Das Interesse des Eigentümers . . . . . S. 64
§ 22 Relatives oder absolutes Pfandrecht . . . . . S. 66
§ 23 Einzelfälle . . . . . S. 67
§ 24 Die Wirkungen des Eigentümerpfandrechts . . . . S. 71
§ 25 Die ursprüngliche Bestellung des Eigentümerpfandrechts S. 75

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554414_0073

Literaturverzeichnis.

Abrahamsohn: Die rechtliche Stellung des Drittverpfänders und Bürgen auf Grund der Einlösungszahlung. Freiburger Dissertation 1915.

Bekker: Allerlei von dinglichen Rechten, insbesondere von den Rechten an eigener Sache. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 2, Stuttgart 1880, S. 11 ff.

v. Bergen: Die Pfändung eigener Sachen. Göttinger Dissertation 1909.

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, 3. Auflage. Berlin 1914.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 2. Auflage, 1873–1886, Erlangen.

Bruck: Die Eigentümerhypothek, in „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs", 10. Band, 2. Heft, Jena 1903.

Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen. Berlin 1901.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Busch, Erler, Lobe usw. 6. Auflage, Bd. 3, Sachenrecht. Berlin 1928.

Callmann: Das vertragsmäßige Pfandrecht der Banken an den von ihnen im Auftrage eines Kunden angeschafften Effekten, in „Bankarchiv", Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. Herausgegeben von Riesser, Berlin, 5. Jahrgang, 1905—1906, S. 279.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 7. und 8. Auflage. Jena 1924.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. III, Recht an Sachen und an Rechten. Tübingen 1905.

Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Leipzig 1864, Bd. II.

— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1908, 4. Auflage, Bd. 3.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Auflage, Bd. 2, 1910, Bd. 3, 1913. Mannheim-Leipzig.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB. 1. und 2. Auflage. Herausgegeben von R. Leonhard. Berlin 1904.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Auflage, Bd. II, 1. Abt. Sachenrecht. Berlin 1905.

Etzold: Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache. Frankfurter Dissertation 1928.

Flechtheim: Eigentumsvorbehalt und Zwangsvollstreckung. Archiv für Zivil- und Strafrecht der Königlich Preußischen Rheinprovinz, Köln 1908, Bd. 104, S. 275 ff.

Friedmann: Die Wirkungen der confusio nach römischem Recht, Greifswalder Dissertation 1884.

Fuchs: Grundbegriffe des Sachenrechts. Berlin 1917.

— Grundbuchrecht, Bd. 1. Berlin 1902.

Gerland: Das Pfandrecht an eigener Sache. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Grünhut, Bd. 25. Wien 1898.

Gesterding: Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen. Greifswald 1817.
v. Gierke, Julius: Sachenrecht. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Herausgegeben von Kohlrausch und Kaskel. Berlin 1925.
v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, in „Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft" von Binding. Bd. I, Handb., 2. Abt. 3. Teil, 1. Bd., Leipzig 1895. Bd. II, Handb., 2. Abt., 3. Teil, 2. Bd., Leipzig 1905.
Goldschmidt: Eigentum und Eigentumsteilrechte in ihrem Verhältnis zur Sozialisierung, in „Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht", herausgegeben von Heymann, Marburg 1920, Nr. 31.
Grundmann: Das Pfandrecht an eigener Sache nach gemeinem und Bürgerlichem Recht. Leipziger Dissertation 1904.
Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Erlangen 1790—1830.
Haas: Die Pfändung der eigenen Sache, in „Badische Rechtspraxis", 1911, Jahrgang 13 (Annalen, Bd. 77).
Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. Mannheim 1898.
— Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Mannheim 1895.
v. Hagen: Die Hypothek des Eigentümers. Arnsberg 1836.
Hallbauer-Fuchs: Das Deutsche Pfandrecht, in „Juristische Handbibliothek", herausgegeben von Hallbauer und Schilcher, Bd. 184. Leipzig 1907.
Hartmann: Rechte an eigener Sache, in „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", Bd. 17, S. 69 ff. Jena 1879.
— Rechte an eigener Sache. Freiburger Programm zur Feier des Geburtstages von Großherzog Friedrich, 1877.
Hedemann: Die Umwandlung des Eigentumsbegriffs, in „Recht und Wirtschaft", Zeitschrift für deutsches und ausländisches Wirtschaftsrecht, Nr. 8—9, 1922, S. 585.
— Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in „Grundrisse der Rechtswissenschaft", Bd. 3. Berlin-Leipzig 1924.
Hirsch: Die Übertragung der Rechtsausübung, Vervielfältigung der Rechte, Bd. I. Berlin 1910.
Hoffmann: Eigentum und dingliche Rechte. Göttingen 1924.
Horn: Die Eigentümerhypothek. Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Heft 19. Breslau 1906.
Huber: Die Eigentümerdienstbarkeit. Festschrift für Fitting. Bern 1902.
Jacubezki: Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. München 1892.
Jhering: Passive Wirkungen der Rechte, in „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", Bd. 10, S. 387 ff. Jena 1871.
Jung: Bürgerliches Recht, in „Das gesamte Deutsche Recht", herausgegeben von Stammler, 1931, S. 447 ff.
Immerwahr: Die Pfändung der eigenen Sache im Falle des Möbelleihkontrakts. Deutsche Juristenzeitung, 1905, S. 597.
Kaufmann: Zwangsvollstreckung und Eigentumsvorbehalt, in „Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts", begründet von Gruchot, Bd. 53, S. 325 ff. 1909.
Kindel: Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. In der Festschrift für Koch. Berlin 1903.
Kretschmer: Die Theorie der Konfusion. Leipzig 1899.

Krückmann: Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 103, S. 139 ff. Tübingen 1908.
Kruse, Vinding: Das Eigentumsrecht. Aus dem Dänischen übersetzt von Knud Larsen. Berlin und Leipzig 1931.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Auflage. Berlin 1903.
— Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil II. Berlin 1899.
Kühnast: Untersuchungen des Grundschuldbegriffs, 2. Auflage. Berlin 1878.
Lazarus: Das Recht des Abzahlungsgeschäftes nach geltendem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1898.
Leist: Über die Natur des Eigentums, in „Civilistische Studien auf dem Gebiet dogmatischer Analyse", Heft 3. Jena 1859.
Manigk: Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, 1927—1928: „Formalismus und Freirechtsschule", Bd. II, S. 479 ff. „Interesse", Bd. III, S. 297 ff. „Pfandrecht", Bd. IV, S. 455 ff.
— Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.
Maschke: Das Eigentum in Zivil- und Strafrecht. Berlin und Leipzig 1895.
Monich: Der Umfang des Gegenstands des Grundeigentums und die befugte Einwirkung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in „Jherings Jahrbüchern", Bd. 38, S. 155 ff. Jena 1898.
Mosler: Zur Lehre von der Konfusion nach gemeinem und römischem Rechte und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896. Berliner Dissertation 1897.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. III, Sachenrecht. Amtliche Ausgabe, Berlin 1888.
Müller, A.: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. Berlin 1907.
Müller-Meikel: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. München 1904.
Pagenstecher: Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit. Erste Abteilung: Begriff und gesetzliche Beschränkungen des Eigentums. Heidelberg 1857.
Pflüger: Über den Begriff des Eigentums. Im Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. 78, S. 389 ff. Freiburg 1892.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bisher herausgegeben von Strohal. Bd. III, Sachenrecht, 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1920.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bearbeitet von Achilles, Gebhardt, Spahn im Auftrage des Reichsjustizamts. Bd. 3, Sachenrecht. Berlin 1899.
Puchta: Pandekten, Leipzig 1876. 12. Ausgabe.
Puntschart: Pfandrecht an eigener Sache. In der Festschrift für Amira. Berlin 1908.
Randa: Das Eigentumsrecht. 1. Hälfte, 2. Auflage. Leipzig 1893.
Ritter: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1910.
Roiger: Kann der Gläubiger seine eigenen im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen pfänden? Sind gegen die Pfändungen Einwendungen des Schuldners nach § 766 Z. P. O. zulässig? In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 2. Jahrgang, S. 477. München 1906.
Rosenthal: Pfändung eigener Sachen. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 4. Jahrgang, S. 13. München 1908.
Sachs: Die Wirkungen der Konfusion nach römischem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.
Sanden: Zulässigkeit und Wirkung der Pfändung eigener beweglicher Sachen. Heidelberger Dissertation 1907.

Schade: Eigentum und Polizei. Im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 25, S. 266 ff. Tübingen 1909.
Schloßmann: Über den Begriff des Eigentums, in „Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts", Bd. 45, S. 289 ff. Jena 1903.
Schmidt-Rimpler: Die Eigentümerdienstbarkeit, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Konfusion dinglicher Rechte nebst einem Excurs über die Erbenhaftung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Halle 1911.
Schreiber: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, Bd. 1. Leipzig 1914.
Schwedler: Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach Bürgerlichem Recht. Halle 1897.
v. Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.
Seuffert: Kommentar zur Z. P. O., 11. Auflage, Bd. 2. München 1911.
Siméon: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. Bd. I, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Hälfte. Berlin 1914.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Auflage, Bd. II. Stuttgart 1929.
Sohm: Die Lehre vom subpignus. Rostock 1864.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Auflage, Bd. 3. Berlin und Leipzig 1926.
Staudinger, J. v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd III, Sachenrecht, 9. Auflage. München-Berlin-Leipzig 1926.
Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung. Tübingen 1913.
Stein-Jonas: Die Z.P.O. für das Deutsche Reich, 14. Auflage. Tübingen 1929.
Stier-Somlo: Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum. Im Verwaltungsarchiv, Bd. 18, S. 140 ff. Berlin 1910.
Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. II, 1. Abt Berlin 1875.
Thal: Die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen. In den Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts. Herausgeber R. Leonhard. Heft 15. Breslau 1905.
Then: Pfändung eigener Sachen. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1908, S. 384. München 1908.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, in „Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft", von Binding. 10. Abt., 1. Teil. München und Leipzig 1914.
v. Wening-Ingenheim: Das Pfandrecht an eigener Sache. Im Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. 6, S. 13 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage. Bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1906.
Wirth: Beiträge zur Systematik des römischen Zivilrechts (insbesondere hinsichtlich obligatorischer und dinglicher Rechte). Erlangen 1856.
Wolff: Die Gegenstände des Handelsrechts, in „Handbuch des gesamten Handelsrechts", herausgegeben von Ehrenberg. Bd. IV, Abt. 1, 2. Buch. Leipzig 1917.
— Sachenrecht, in „Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts", Bd. 3, 8. Bearbeitung. Marburg 1929.
Wunderlich: Die rechtliche Stellung von Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner beim Fahrnispfandrecht nach Deutschem Bürgerlichem Recht. Leipziger Dissertation 1906.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichsjustizamt. Berlin 1890.

Einleitung.

§ 1.

Das Pfandrecht an der eigenen beweglichen Sache ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht eingehend geregelt worden. Lediglich der § 1256 BGB. enthält in seinem Absatz I Satz 2 und Absatz II eine kurze darauf hinweisende Bestimmung. Absatz I Satz 2 besagt, daß im Falle des Zusammentreffens von Eigentum und Pfandrecht in derselben Person das Pfandrecht nicht erlischt, solange die Forderung, für die es besteht, mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Nach § 1256 Abs. II BGB. gilt das Pfandrecht als nicht erloschen, soweit der Eigentümer an seinem Fortbestand ein rechtliches Interesse hat.

Die Gesetzgeber haben ein der Eigentümerhypothek entsprechendes Pfandrecht ohne Forderung oder an eigener Sache für das Mobiliarrecht nicht ausdrücklich anerkannt und eingehend geregelt, da angeblich ein praktisches Bedürfnis dazu nicht vorliegt[1]). Ob letzteres zutrifft und ob das Eigentümerpfandrecht tatsächlich so „anomal" ist, wie es in den Motiven[2]) hingestellt wird, mag zunächst dahingestellt bleiben. Jedenfalls ergibt sich nunmehr für die Wissenschaft die Aufgabe darzulegen, welche rechtliche Stellung der Eigentümer im Falle des § 1256 BGB. hat. Das soll im wesentlichen der Zweck der vorliegenden Arbeit sein. Außerdem wird zu untersuchen sein, ob es etwa auch möglich ist, ein Pfandrecht an einer eigenen beweglichen Sache originär zu bestellen.

Die praktische und wirtschaftliche Bedeutung der Vorschriften des § 1256 Abs. I Satz 2 und Abs. II BGB. ist klar. Im ersteren Falle soll das Recht des Dritten durch das auf Grund des § 1256 Abs. I Satz 1 BGB. regelmäßig mit dem Zusammentreffen von Eigentum und Pfandrecht verbundene Erlöschen des Pfandrechts keine Einbuße erleiden. Im zweiten Fall soll vor allem ein Nachrücken von ebenfalls an der Sache bestehenden, dem mit dem Eigentum zusammenfallenden Recht im Range nachgehenden Rechten verhindert werden. Ein solches Nachrücken würde erfolgen, ohne daß die nachstehenden Berechtigten ein eigentliches Anrecht darauf hätten. Dadurch würde dem Eigentümer unter Umständen ein unbilliger Nachteil entstehen.

Die Frage des Mobiliarpfandrechts an eigener Sache ist nur ein Ausschnitt aus dem großen Problem der Rechte an eigener Sache. Eine befriedigende, wissenschaftlich begründete Lösung unserer Aufgabe wird man nur finden können, wenn man den Rahmen der Arbeit etwas weiter führt und zunächst grundsätzlich prüft, ob und inwieweit ein Recht an der eigenen Sache möglich ist, sowie welche Wirkungen die Konfusion dinglicher Rechte hat. Danach erhebt sich die Frage, ob etwa das Mobiliarpfandrecht kraft seiner rechtlichen Eigenart hinsichtlich jener Regelung besondere Schwierigkeiten macht. Nachdem diese mehr theoretischen Fragen geklärt sind, soll an Hand des gewonnenen Ergebnisses die Auslegung des § 1256 BGB. vorgenommen werden. Dabei wird auszuführen sein, welche Folgerungen sich in den einzelnen denkbaren Fällen für die Praxis ergeben. Am Schluß der Arbeit wird dann die ursprüngliche Bestellung eines Pfandrechts an der eigenen beweglichen Sache behandelt werden.

Erster Teil.

Das Recht an der eigenen Sache.

§ 2.

Allgemeines.

Die Frage, ob der Eigentümer neben seinem Eigentum noch beschränkte Rechte an seiner Sache haben kann, hat von jeher Schwierigkeiten bereitet. Trotzdem ist im BGB. das ius in re sua geregelt. Der Gesetzgeber hat in der Eigentümerhypothek aus wirtschaftlichen Gründen und aus Gründen der Zweckmäßigkeit ein Rechtsgebilde anerkannt, ohne daß er über dessen rechtliche Konstruktion eine Entscheidung getroffen hätte. Die juristische Konstruktion hat er wie so oft auch hier ausdrücklich der Wissenschaft überlassen[1]). Zeitweise hat man eine Lösung der Aufgabe, besonders für das Preußische Allgemeine Landrecht, für unmöglich gehalten. So hat z. B. Puchta in bezug auf die Eigentümerhypothek von einem „monströsen" Begriff gesprochen[4]). Nach dem bekannten Ausspruch des preußischen Justizministers Leonhardt[5]) entzöge sich die Hypothek des Eigentümers jeder juristischen Konstruktion; sie widerspreche allen juristischen Begriffen. Ähnlich äußern sich Bremer[6]) und Schollmeyer[7]), sowie zum BGB. auch Staub[8]).

Schon diese wenigen Hinweise zeigen, wie überaus streitig das ganze Gebiet ist. Seit von Wening-Ingenheims[9])

---

[1]) Motive, Bd. III, S. 205.
[2]) a. a. O.
[3]) Motive, Bd. III, S. 205; Protokolle, Bd. III, S. 600.
[4]) Puchta, Pandekten, § 202 A. 1.
[5]) Siehe die Preußischen Gesetzentwürfe über Grundeigentum und Hypothekenrecht, herausgegeben vom Kgl. Justizministerium, 1869, S. 163.
[6]) Bremer, Hyp. und Grundsch., S. 5.
[7]) Schollmeyer, Hypothek des Eigentümers, 1874.
[8]) Staub in Gutachten a. d. Anwaltstand, Heft 6, S. 407: „Schmerzenskind der Jurisprudenz und jur. Nonsens".
[9]) v. Wening-Ingenheim, Pfandrecht an eigener Sache in Arch. Ziv. Prax., Bd. 6, 1823, S. 134 ff.

(1823) und von der Hagens[10]) (1836) Schriften über das Recht an der eigenen Sache ist eine sehr umfangreiche Literatur[11]) mit den widersprechendsten Meinungen entstanden, die die herrschende Unklarheit eher erhöht als vermindert hat.

Der Ausgangspunkt für die Untersuchung der Frage, wie sich Eigentum und Pfandrecht zueinander verhalten, wenn sie in einer Hand zusammentreffen, muß eine Darlegung dessen sein, was wir unter beiden Rechten begrifflich verstehen.

Eine derartige Festlegung der Begriffe ist erforderlich, wenn man irgendwelche Erscheinungen des Rechtslebens erfassen will. Eine unbegriffliche Rechtsmethode ist ein Unding[12]). Das ergibt sich schon daraus, daß das entwickelte Recht selbst etwas gedanklich Vorgestelltes ist und daß seine Gegenstände der sinnlichen Wahrnehmung entzogen sind[13]). Der juristische Begriff hat seine Grundlage in dem empirischen Begriff, der aus Betrachtung der einzelnen Erscheinungen des Rechts gewonnen wird. Dieser empirische Begriff ist dann zum logischen Begriff zu entwickeln. Es ist dabei zu versuchen, das Wesentliche des Rechtsbegriffs, losgelöst von den einzelnen Erscheinungsformen, herauszustellen und verstandesmäßig zu erfassen. Nur mittels logischer Rechtsbegriffe kann wahrhafte Gerechtigkeit geübt werden. Würde man lediglich die einzelnen Auswirkungen eines Rechts erfahrungsmäßig erfassen und dann anwenden, ohne das logischerweise Wesentliche des Rechtsbegriffs zu beachten, so würde eine möglichst gleichmäßige Behandlung aller gleich gelagerten Fälle nicht erzielt werden können[14]).

§ 3.

Das dingliche Recht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt das Eigentum und das Pfandrecht in dem dritten, mit „Sachenrecht" überschriebenen Buch. Beides sind Sachenrechte oder dingliche Rechte. Letzteren Ausdruck finden wir zwar nicht im Gesetzestext, — dort ist immer nur von Rechten an Sachen die Rede, — er wird aber allgemein in der Literatur und der Rechtsprechung

[10]) von der Hagen, Hypothek des Eigentümers, 1836.
[11]) Literaturangabe für die ältere Zeit bei Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 1250 A. 25 a.
[12]) v. Tuhr, Allg. Teil I, Vorwort VIII ff.; Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 11.
[13]) Manigk, a. a. O, S. 12.
[14]) vgl. hierzu Manigk, a. a. O., S. 16 ff. sowie in „Formalismus und Freirechtsschule" in Handwb. d. Rechtsw., Bd. II, S. 479.

gebraucht[15]). Mit wenigen Ausnahmen[16]) betrachtet man die Ausdrücke „Sachenrecht" und „dingliches Recht" als identisch.

Wenn wir das Wesen des dinglichen Rechts erfassen wollen, so läßt sich ein Eingehen auf den Aufbau der Rechte im allgemeinen nicht vermeiden. Nach O. Gierke[17]) setzt sich das Recht aus folgenden Bestandteilen zusammen: Einmal ist das Vorhandensein eines Subjekts erforderlich, das Träger einer Willensmacht ist. Das kann nur ein durch Rechtssatz als Träger eines freien Willens anerkanntes Wesen sein[18]). Mit diesem Subjekt ist ein Prädikat verbunden, das die Willensmacht bezeichnet, die ausgeübt wird[19]). Dem Subjekt steht ein Objekt gegenüber, das von jenem beherrscht wird. Grundsätzlich eignen sich zum Objekt ebenfalls nur Wesen, die durch Rechtssatz als Träger eines freien Willens anerkannt sind, die also die Fähigkeit haben, gegebenenfalls selbst Rechtssubjekt zu sein. Bei den obligatorischen Rechten ist immer eine einzelne Person oder eine festbestimmte Personengruppe als verpflichtetes Objekt vorhanden. Die dinglichen Rechte richten sich gegen jede von dem Berechtigten verschiedene Person; der Kreis der Verpflichteten ist also unbestimmt.

Als vierter Bestandteil kommt der von O. Gierke[20]) so bezeichnete Beziehungsgegenstand hinzu. Das ist derjenige Gegenstand, in bezug auf welchen der Berechtigte über den anderen Willen herrschen soll[21]). Ein solcher Gegenstand ist erforderlich, um dem Recht gegen jedermann, dem absoluten Recht, die nötige Bestimmtheit zu geben. Wie es sich mit dem Beziehungsgegenstand bei den relativen Rechten verhält, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden.

Bei dem dinglichen Recht ist jedenfalls eine Sache als Beziehungsgegenstand vorhanden. Unter dem Einfluß deutschrechtlicher Ideen, die stets den Sachen eine besondere Rechtsstellung zuerkannt haben, sowie um dem dinglichen Recht einen bestimmten und anschaulichen Inhalt zu geben, hat man die Sache als unmittelbares Objekt vor die Verpflichteten gerückt. In diesem Sinne erscheint dann das dingliche Recht als das Recht, das seinem Subjekt die Herrschaft über

[15]) vgl. statt aller Planck, III, S. 6.
[16]) z. B. Cosack, B. G. B., II, § 170 a; § 171, II, 1, b; § 238 ff.; v. Tuhr, I, S. 137 ff.; Fuchs, Grundbuchr., S. 36; ders., Gruch. Beitr., Bd. 46, S. 549; ders., L. Z., 1914, S. 152 ff.
[17]) Gierke, D. P. R., Bd. I, S. 256 ff.
[18]) ders., a. a. O., S. 257.
[19]) Goldschmidt, Eigentum und Eigentumsteilrechte, S. 19.
[20]) Gierke, a. a. O., S. 258.
[21]) ders., D. P. R., Bd. II, S. 1.

einen als Sache ausgeschiedenen Bestandteil der äußeren Güterwelt jedermann gegenüber verschafft[22]).

Vielfach, besonders auch in der gemeinrechtlichen Lehre, wird das Sachenrecht seinem Wesen nach lediglich als die unmittelbare Herrschaft einer Person über das Sachgut aufgefaßt[23]), die Notwendigkeit des Vorhandenseins eines verpflichteten Subjekts also geleugnet. Dem widerspricht es aber, daß Rechte nur zwischen Personen denkbar sind[24]). Ob man nun die Sache als eigentliches Objekt betrachtet und daneben das verpflichtete Subjekt als selbständigen Faktor ansieht[25]), oder ob man den Beziehungsgegenstand lediglich in den Vordergrund stellt, das verpflichtete Subjekt aber als Objekt im eigentlichen Sinne bestehen läßt, ist von geringerer Bedeutung. Letzteres ist jedoch vorzuziehen.

Eine Reihe von Schriftstellern[26]) ist der Ansicht, daß ein verpflichtetes Subjekt beim dinglichen Recht gar nicht vorhanden sei. Die Umwelt aller übrigen könne als solches nicht angesehen werden. Man könne keine Ansprüche gegen jedes Glied einer noch so fernen Nation, ja gegen Wilde haben, die ohne eine Rechtsordnung leben[27]). Und wenn man die Ansprüche gegen diejenigen fallen ließe, die nicht unserer Rechtsordnung unterstehen, so habe man ein unerfreuliches Zwittergebilde, da dann gegen Ausländer kein Anspruch gegeben sei, sondern nur gegen Rechtsgenossen[28]). Dagegen ist zu sagen, daß Rechtsansprüche gleich welcher Art immer nur dort durchzusetzen sind, wo eine Rechtsordnung besteht. Ferner ist aber von der bekämpften Ansicht nur gesagt worden, daß das verpflichtete Subjekt unbestimmt sei. Die Verpflichtung wird bestimmt, wenn das betreffende Subjekt in den für den Berechtigten abgegrenzten Machtbereich kommt[29]). Da das ausnahmslos bei jedem Subjekt der Fall ist, kann man auch mit Recht sagen, daß eine Verpflichtung für jeden besteht,

---

[22]) ders., D. P. R., Bd. II, S. 1, § 100, I.

[23]) Endemann, III, S. 9, besonders A. 6; Dernburg, Pand., Bd. II, § 22 A. 5; Bekker, Pand., Bd. I, § 20; Motive, Bd. III, S. 2; Bekker, Ztschr. f. vgl. Rechtswissenschaft, Bd. 2, S. 32.

[24]) Windscheid-Kipp, Bd. I, § 37, mit Literaturangaben in A. 3; Fuchs, Grundz. d. Sachenr., § 3 u. 4, S. 18.

[25]) Goldschmidt, S 20, im Anschluß an v. Tuhr, Bd. I, S. 93, 133.

[26]) Dernburg, Pand., Bd. I, § 39 A. 9; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 158 ff.; Kohler in Grünhuts Ztschr., Bd. 14, S. 6; Bekker in Ztschr. f. vgl. Rechtswissensch., Bd. 2, S. 18.

[27]) Thon, a. a. O., S. 159.

[28]) Thon, a. a. O.

[29]) Gierke, D. P. R., Bd. I, S. 258; Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 167 A. 2.

auch wenn sie erst ihre Bedeutung erhält, wenn der Betreffende mit dem Berechtigten irgendwie in Berührung kommt.

Die Verpflichtung der anderen Subjekte ist rein negativer Natur. Sie haben sich jeder Einwirkung auf die Sache und jeder Störung des Machtbereichs des Berechtigten zu enthalten. Das dingliche Recht ist also ein Ausschließungsrecht[30]), wobei es gleichgültig ist, welche Befugnisse dem Berechtigten zustehen. Soweit er berechtigt ist, dürfen Dritte ihn nicht in der Ausübung seines Rechts hindern.

Zusammenfassend erkennen wir also, daß das Wesen des dinglichen Rechts darin besteht, daß es einem Subjekt die Berechtigung verschafft, über eine Sache zu herrschen und andere von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen.

Eigentum und begrenzte dingliche Rechte im besonderen.

Die Zahl der über den Begriff des Eigentums und der begrenzten dinglichen Rechte aufgestellten Theorien läßt erkennen, wie schwierig die Erklärung dieses Gebildes ist, dem wir doch im täglichen Leben auf Schritt und Tritt begegnen. Es kann nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein, sämtliche aufgestellten Definitonen aufzuzählen oder gar zu würdigen[31]). Es kann nur ein Überblick gegeben werden. Huber[32]) hat dargelegt, daß sich drei große Gruppen von Ansichten unterscheiden lassen. Diese Einteilung soll auch hier im wesentlichen beibehalten werden.

§ 4.

Theorien, die die Rechtsnatur des Eigentums leugnen.

Die erste Gruppe von Definitionen leugnet die Rechtsnatur des Eigentums. Sie geht von dem Begriff des subjek-

[30]) Das ist durchaus herrschende Meinung. So Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 167, besonders A. 3, wo auch ausführliche Literaturangaben für die ältere Zeit zu finden sind. Ferner Planck, Bd. III, S. 10; Schloßmann in Jherings Jahrb., Bd. 45, S. 345; Goldschmidt, S. 25; Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit, S. 35; Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, S. 92

[31]) Zusammenstellungen der Definitionen bei Huber, Eigentümerdienstbarkeit, S. 25 ff.; Maschke, Eigentum in Zivil- u. Strafrecht, S. 159 ff; Schloßmann, a. a. O., S. 385 ff.; Schmidt-Rimpler, S. 35 bis 51.

[32]) Huber, a. a. O., S. 25 ff.

tiven Rechts aus, nach dem ein Rechtsverhältnis nur zwischen Personen oder Personengruppen bestehen könne. Beim Eigentum mangele es aber an einem verpflichteten Subjekt, da man dies in der Gesamtheit aller übrigen nicht erblicken könne. Wie oben ausgeführt worden ist[33]), ist diese Auffassung unrichtig. Unrichtig ist aber auch die Auffassung dieser Gruppe, daß bei dem begrenzten dinglichen Recht ein solches verpflichtetes Subjekt nur in der Person des Eigentümers vorhanden sei und daß sich daraus ein grundlegender Unterschied zwischen Eigentum und begrenztem dinglichen Recht ergebe. Der Eigentümer ist nicht kraft seiner Stellung als Eigentümer sondern auch nur auf Grund der Tatsache verpflichtet, daß er eine von dem Berechtigten verschiedene Person ist. Das erkennt man deutlich, wenn man bedenkt, daß das begrenzte Recht auch dann bestehen bleibt, wenn kein Eigentümer, etwa infolge von Dereliktion, vorhanden ist. Man kann also nur sagen, daß für gewöhnlich ein verpflichtetes Subjekt sich in Gestalt des Eigentümers aus der Masse der anderen hervorhebt.

Die dieser ersten Gruppe angehörenden Juristen haben das Eigentum als eine Verstärkung der Herrschaftsmacht des Berechtigten aufgefaßt, als einen Teil seiner Persönlichkeit. Das Eigentum sei kein rechtliches, sondern nur ein tatsächsächliches Verhältnis zwischen Person und Sache. Wirth[34]) spricht von der rechtlichen Pertinenz der Sache zu der berechtigten Person. Nach Brinz[35]) ist das Eigentum die rechtliche Verbindung einer Sache mit einer Person. Nach Leist[36]) geht die Sache sogar in der Person des Berechtigten auf und wird von dieser vollständig assimiliert. Pagenstecher[37]) bezeichnet es als die den Körper erfüllende rechtliche Macht der Person. Es habe keinen zu spezialisierenden Rechtsinhalt, seine Begrenzung sei eine physische.

Diese Ansicht ist heute allgemein verworfen[38]).

Wenn Goldschmidt[39]) sagt, daß gegen diese Auffassung der Umstand spricht, daß ein Recht nicht ohne verpflichtetes Subjekt bestehen könne, so scheint ihm dabei ein Irrtum unterlaufen zu sein. Gerade aus diesem Grunde leugnen die Vertreter dieser Richtung die Rechtsnatur des Eigentums, da sie die Gesamtheit aller Dritten nicht als verpflichtetes Subjekt

[33]) oben, S. 12 ff.
[34]) Wirth, Beiträge zur Systematik d. röm. Zivilr., S. 31, 37, 39 ff.
[35]) Brinz, Lehrb. d. Pand., Bd. I (2. Aufl.), S. 470 ff.
[36]) Leist, Civilistische Studien, III, S. 11, 25, 46, 49 ff., 78; IV, S. 165.
[37]) Pagenstecher, röm. Lehre vom Eigentum, S. 3 § 1.
[38]) vgl. Gierke, D. P. R., Bd. II, S. 349 A. 2.
[39]) Goldschmidt, S. 32.

anerkennen. Dem Einwand von Schmidt-Rimpler[40]), daß das Eigentum schon logisch ein Recht sein müsse, da sein Verhältnis zu der Umwelt einer rechtlichen Betrachtung unterworfen werden solle, kann ebenfalls nicht beigetreten werden. Man kann sehr wohl auch etwas rein Tatsächliches einer rechtlichen Betrachtung unterwerfen, man denke nur an die sog. wesentlichen Bestandteile. Schmidt-Rimpler setzt das zu Beweisende voraus, denn erst die rechtliche Betrachtung soll erweisen, daß das Eigentum ein Recht und nicht nur das tatsächliche Verhältnis einer Person zu einer Sache ist.

Im übrigen sind die einzelnen Definitionen zum Teil unverständlich. Wie soll die Sache eine Eigenschaft der Person sein? Und inwiefern sollen Person und Sache eins sein? Zwischen einer Sache, die zur Zeit oder dauernd in niemandes Eigentum steht, und einer Sache, die jemandem gehört, ist doch sicherlich kein Unterschied festzustellen.

Ein Wesensunterschied zwischen Eigentum und begrenztem dinglichen Recht ist also nicht darin zu finden, daß etwa das begrenzte dingliche Recht ein Recht ist, während das Eigentum keins ist.

§ 5.

Quantitätstheorien.

Als eine zweite Gruppe von Eigentumsdefinitionen faßt Huber[41]) diejenigen zusammen, die von dem Inhalt, der Quantität des Eigentums ausgehen. Mit Huber kann man das Ergebnis dieser Theorien dahin zusammenfassen, daß nach ihnen das Eigentum eine Summe von Befugnissen ist, die auch einzeln gedacht werden können. Jedenfalls müssen sie beim Eigentum immer als vorhanden angesehen werden, sobald nicht irgendeine Abtrennung oder Verselbständigung solcher Rechte auf Grund von Gesetzesvorschrift oder Privatdisposition stattgefunden hat. Die Rechtsordnung bestimmt den Begriff des Eigentums, indem sie dessen Inhalt festsetzt. Zwischen Eigentum und begrenztem dinglichen Recht besteht kein grundsätzlicher Unterschied, sie gehen nur insofern auseinander, als das Eigentum seinen Inhalt von der Rechtsordnung ein für allemal empfängt und auch Eigentum bleibt, wenn einzelne Befugnisse abgetrennt werden, während bei den begrenzten dinglichen Rechten die bestimmte und be

[40]) Schmidt-Rimpler, S. 38.
[41]) Huber, S. 30.

grenzte Fixierung des Inhalts die Individualität des Rechts ausmacht.

Oder anders, das begrenzte Recht gewährt stets nur einzelne Befugnisse, während das Eigentum alle denkbaren Befugnisse gewährt, soweit sie überhaupt von der Rechtsordnung zugelassen sind. Der verschiedene Inhalt ist also das Entscheidende.

Diese Meinung kann wohl als die herrschende bezeichnet werden.

Im einzelnen weichen die Theorien sehr voneinander ab, es lassen sich aber verschiedene Unterabteilungen unterscheiden.

Manche[42]) sagen, daß das Eigentum aus einer Summe von Befugnissen bestehe, die gewissermaßen zusammengezählt seien. Diese Lehre ist jedoch heute allgemein als falsch erkannt worden. Legt man diese Auffassung dem Eigentumsbegriff zugrunde, so kann man das Bestehen von begrenzten dinglichen Rechten einfach nicht erklären. Wenn von der Summe einige Befugnisse fehlen, weil sie in dem begrenzten Recht enthalten sind, kann das Eigentum nicht mehr Eigentum sein, da es nicht mehr sämtliche Befugnisse umfaßt. Auch kann eine Aufzählung niemals vollständig sein; es würden immer Befugnisse auftauchen können, die dann keinem Berechtigten zuständen.

Andere Vertreter dieser Richtung haben diesen Fehler zu vermeiden versucht, indem sie das Eigentum nicht als die Summe der Befugnisse sondern als ihre Einheit[43]) oder Fülle[44]) hingestellt haben. Aber damit ist nicht viel gewonnen. Wenn damit nur die Quantität gemeint ist, und das ist offenbar der Fall, so besteht auch hier der Einwand zu Recht, daß durch das Fehlen einzelner Befugnisse die Einheit aufgehoben werden würde.

§ 6.

Qualitätstheorien.

Angesichts dieser Schwierigkeiten sucht eine große Anzahl von Schriftstellern ein Wesensmerkmal in qualitativer Hinsicht zu finden, das das Eigentum von den begrenzten ding-

[42]) Glück, Pand., Bd. 8, § 576; Bruns in Holtzendorffs Enzyklopädie, § 33; Gesterding, Eigentum, 1817, S. 10 ff. Vgl. dazu die Angaben bei Randa, Eigentumsrecht, 1893, 1. Hälfte, § 1 A. 8.

[43]) Windscheid i. d. ersten Aufl., § 1 A. 1, § 42 A. 2, § 57 A. 2, § 137 A. 4.

[44]) Kipp bei Windscheid 9. Aufl., S. 857.

lichen Rechten unterscheidet. Das Eigentum soll sich also von diesen Rechten nicht dadurch unterscheiden, daß es nur mehr Befugnisse und eine größere Machtfülle gewährt als diese, sondern dadurch, daß sein Inhalt von besonderer Eigenart ist, einer anderen jedenfalls als der der begrenzten Rechte. Diese Erwägung ist zwar richtig, die Besonderheit ist jedoch gewöhnlich nicht klar und eindeutig herausgestellt worden.

Bei einer Reihe von Definitionen ist es zweifelhaft, ob sie die Besonderheit des Eigentums wirklich in der qualitativen Seite sehen oder ob sie nicht doch nur auf die Quantität bezogen sind[45]). So sehen einige[46]) im Eigentum die einheitliche, vollkommene, vollständige oder totale Herrschaft, eine Herrschaft, die die Sache in ihrer Gesamtheit ergreift, die unbeschränkt ist usw. Soweit diese Definitionen in dem Sinne gemeint sind, daß das Eigentum schrankenlos sei, ist ihnen entgegenzuhalten, daß es ein derartig unbeschränktes Recht im Rahmen einer Rechtsordnung nicht geben kann[47]). Abgesehen von den begrenzten dinglichen Rechten sind dem Eigentum auch Schranken durch das öffentliche Recht gesetzt, besonders durch das Polizeirecht. Es wird ferner durch privatrechtliche Abmachungen, wie sie die Kartell- und Konzernbildung mit sich bringt, sehr stark eingeschränkt. Wenn aber derartige Schranken bestehen, so kann das Eigentum nicht gut das „vollkommene" Recht sein[48]). Aber auch hier gilt der oben angeführte Gesichtspunkt, daß es unerklärlich ist, wie dieses angeblich totale Herrschaftsmacht verleihende Recht die Entziehung einzelner Befugnisse durch andere dingliche Rechte ertragen kann, ohne dadurch in seinem Wesen verändert zu werden. Wieso ist es dann noch „total"?

Infolge dieser Bedenken hat man dann das Eigentum als das an sich[49]), vermutlich[50]), oder grundsätzlich[51]) unbeschränkte oder umassende Recht bezeichnet. Das soll heißen, daß das Eigentum, soweit keine Beschränkungen vorhanden sind, unbeschränkt ist. Dieser Gedanke ist wohl richtig, nur ist mit ihm wenig anzufangen. Da öffentlichrechtliche Bestimmungen das Eigentum immer und die begrenzten dinglichen Rechte es sehr

[45]) Huber, S. 35.
[46]) vgl. die bei Huber, S. 31 A. 19 und S. 32 A. 21 sowie bei Bruck, S. 130 bis 132 und Schmidt-Rimpler, S. 41 A. 1, angegebenen Definitionen.
[47]) vgl. dazu Wolff, Sachenrecht, § 51, I.
[48]) vgl. Hedemann, Die Umwandlung des Eigentumsbegriffs, in „Recht und Wirtschaft", Bd. 11, S. 585 ff.
[49]) Windscheid-Kipp, Bd I, S. 858 A. 5.
[50]) Endemann, Bd. III, S. 435.
[51]) Biermann, I, S. 103.

oft beschränken, tritt das Eigentum als unbeschränktes Recht nie in Erscheinung. Wir hätten also eine Definition, die nur unter gewissen Voraussetzungen, die jedoch nie eintreten, richtig ist[52])!

Eine qualitative Bestimmung des Eigentums versucht auch Stobbe[53]) zu geben. Er bezeichnet es als die oberste rechtliche Herrschaft an einer Sache, von der alle anderen Rechte abgeleitet seien. Dabei wendet er sich ausdrücklich gegen die Auffassung, die das Wesen des Eigentums in der vollständigen und ausschließlichen Herrschaft erblickt. Dieses Merkmal der obersten Herrschaft ist auch von anderen verwendet worden[54]). Jedoch ist damit nicht das Wesen des Eigentums erfaßt, sondern höchstens eine Erklärung versucht, wie man sich die Entstehung der begrenzten dinglichen Rechte zu denken hat. Es ist nur eine Vergleichung des Eigentums mit anderen Rechten[55]). Goldschmidt[56]) hält die Ansicht Stobbes noch aus folgendem Grunde für unrichtig. Er führt aus, daß selbständig neben dem Eigentum noch andere dingliche Rechte bestehen könnten, die von ihm so genannten eigentumsähnlichen Rechte, z. B. das Erbbaurecht. Wenn aber neben dem Eigentum noch andere gleichgeordnete Herrschaften möglich seien, so könne es nicht das oberste Recht sein. Inwieweit dieser Einwand zu Recht besteht, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht nachgeprüft werden. Es scheint aber doch zweifelhaft zu sein, ob z. B. das Erbbaurecht so selbständig und unabhängig neben dem Eigentum steht, daß es ihm als gleichgeordnet zu werten ist. Es ist zu berücksichtigen, daß nach Ablauf einer gewissen, wenn auch langen Zeit der Eigentümer wieder sämtliche Befugnisse ausüben kann. Ferner sei darauf hingewiesen, daß der Erbbauberechtigte auch einen Zins bezahlt, also damit schon rein äußerlich seine Abhängigkeit von dem Eigentümer darlegt.

Andere[57]) fügen ihrer Definition hinzu, daß das Eigentum ein Ausschließungsrecht sei und wollen darin seine Besonderheit erkennen. Die Einwirkung von Dritten sei ausgeschlossen. Das ist nicht zu bezweifeln. Man wird aber Huber[58]) Recht

[52]) vgl. Schloßmann in Jherings Jahrb, Bd. 45, S. 319.
[53]) Stobbe, Handb. d. Dtsch. Privatrechts, 1. Aufl., S. 47, 48 A. 1, 3. Aufl. (Lehmann), § 94.
[54]) Stier-Somlo in Verwaltungsarch., Bd. 6, S. 304. Gegen ihn Schade in Arch. f. öffentl. Recht, Bd 25, S. 266. Wie Stobbe auch Hartmann, Programm, S. 74, Jherings Jahrb, Bd. 17, S. 129 und der dort zit. Heusler, Gewere, 1872, S. 124.
[55]) So schon Pflüger, Arch. civ. Prax., Bd. 78, S. 397.
[56]) Goldschmidt, S. 38 bis 39.
[57]) So Savigny, System, Bd. I, S. 367.
[58]) Huber, S. 32 A. 21 und S. 36.

geben müssen, daß hier zur Hauptsache an ein quantitatives Merkmal gedacht worden ist. Darüber hinaus ist zu bemerken, daß man in diesem Merkmal überhaupt keine qualitative Bestimmung erblicken kann. Huber stellt die Ausschließung des Mitregierens als quantitatives Merkmal der Loslösung von der Bestimmung irgendeines fremden Willens als qualitatives Merkmal gegenüber. Das ist doch wohl dasselbe, nur mit verschiedenen Worten ausgedrückt. Aber wenn man die Tatsache, daß das Eigentum ein Ausschließungsrecht ist, als ein besonderes Merkmal hinstellen will, so ist das nicht einmal richtig. Wie wir oben[59]) gesehen haben, ist jedes dingliche Recht ein Ausschließungsrecht. Deswegen ist dieses Merkmal nicht zu verwenden, wenn man die Besonderheiten des Eigentums darstellen will.

Schloßmann[60]) bezeichnet das Eigentumsrecht als das durch seinen Zweck nicht begrenzte und im Gegensatz dazu das beschränkte dingliche Recht als das zu bestimmtem Zweck verliehene Ausschließungsrecht. Er wendet sich gegen die Aufnahme des sog. positiven Bestandteils des Eigentums, der Herrschaftsmacht, in die Definition, da darin ein spezifisches Merkmal nicht erblickt werden könne[61]). Mit einer Sache nach Belieben verfahren könne nicht nur der Eigentümer, sondern unter Umständen auch jeder Dritte. Das ist richtig. Die Herrschaftsmacht über die Sache ist mindestens etwas, was jeder dinglich Berechtigte hat, auch wenn er nur in bestimmter Hinsicht befugt ist. Konsequenterweise hätte Schloßmann aber dann auch den Begriff der Ausschließlichkeit aus seiner Definition fortlassen müssen, da dieser nach seiner eigenen Auffassung sowohl für das Eigentum wie für die begrenzten dinglichen Rechte zutrifft. Es bliebe als spezifisches Merkmal also nur das Zweckmoment[62]). Aber der Zweck kann niemals das Wesen eines Rechts ausmachen[63]) Das kann nur aus seinem Inhalt heraus gewonnen werden. Schmidt-Rimpler[64]) ist darin durchaus zuzustimmen, daß der Zweck, der erreicht werden

[59]) oben, S. 15.
[60]) Schloßmann. Über den Begriff des Eigentums, in Jherings Jahrb., Bd. 45, S. 345.
[61]) a. a. O., S. 327.
[62]) Ähnlich Hartmann, Freibg. Progr., S. 78 u. Jherings Jahrb., Bd. 17, S. 133.
[63]) vgl. Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 858 A. 3; Thon, S. 218 bis 219; Goldschmidt, S. 40; Hirsch, S. 9 unten und die dort A. 1 Zitierten (Bierling, Kritik d. jur. Grundbegriffe, Bd. II, S. 58 bis 59; Lehmann, Die Unterlassungspflicht, 1906, S. 64; Biermann, Bürgl. Recht, I, § 12,2; Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907, S. 35.)
[64]) Schmidt-Rimpler, S. 48.

soll, sehr verschieden sein kann. Es liegt ganz in der Person des Berechtigten, aus welchem Grunde und somit zu welchem Zweck er sich ein Recht bestellen läßt. Gleich bleiben nur die Befugnisse, die er dadurch erwirbt. Der Zweck ist also zu unbestimmt, als daß er in einer Definition Verwendung finden könnte.

Auch die Elastizität des Eigentums, d. h. seine Fähigkeit, beim Wegfall der Beschränkungen wieder zu alter Fülle zu erstarken, hat man als besonderes Merkmal des Eigentums angeführt[65]). Auch hier müssen wir feststellen, daß diese Elastizität keine besondere Eigenart des Eigentums ist, sondern daß sie sich bei allen dinglichen Rechten findet, wenn diese mit dem Recht eines Dritten belastet sind[66]).

Die besprochenen Definitionen haben einen richtigen Kern. Ausschließlichkeit und Elastizität sind durchaus Eigenschaften des Eigentums. Sobald eine Definition aufgestellt werden soll, die nach Möglichkeit sämtliche Eigenschaften des Eigentums umfassen soll, so könnte man diese Merkmale in sie aufnehmen. Soll aber die Besonderheit des Eigentums gegenüber dem begrenzten dinglichen Recht herausgestellt werden, so lassen sich diese Merkmale nicht verwerten. Wir müssen uns also nach anderen umsehen.

Einen zutreffenden Gedanken finden wir bei Martin Wolff[67]), der sagt, daß Eigentum und begrenzte dingliche Rechte sich dadurch unterscheiden, daß sich der Inhalt der beschränkten Rechte positiv schildern ließe, während das Eigentum sich nicht durch eine Aufzählung der Fülle der Herrschaftsmöglichkeiten erschöpfen lasse. Darin liegt tatsächlich ein Unterschied: Das Eigentum ist negativ, die beschränkten dinglichen Rechte sind positiv bestimmt. Goldschmidt[68]) ist der Ansicht, daß die negative Begriffsbestimmung des Eigentums nur ein Mittel

[65]) Pagenstecher, röm. Lehre vom Eigentum, § 7, S. 7; Dernburg, Pand., Bd. I, § 192 A. 12, S. 437; Crome, System, III, § 388 A. 18; Bruck, Eigentümerhyp., S. 132; Thon, S. 165; Goldschmidt, S. 35 sowie der bei Hirsch, S. 200 A. 1, zit. Sintenis, Zivilrecht, I, § 47, S. 13, S. 475 und die bei Endemann, Bd. II, 1. Abt., S. 436 A. 8, zit. Thibaut, Pand., II, § 558 und Glück, Pand., 38.

Windscheid-Kipp, Bd. I, § 167 zu A. 6; Endemann, Bd. II, 1, S. 436 A. 8 und Gierke, D. P. R., Bd. II, § 120, VI, 6 sprechen zwar auch von der Elastizität als einer Eigenschaft des Eigentums. Es bleibt aber unklar, ob sie darin eine Besonderheit gegenüber den begrenzten dinglichen Rechten sehen. Hirsch, S. 200 A. 1, rechnet Windscheid und Endemann zu denen, die diese Frage bejahen.

[66]) Wolff, § 51 A. 6; Hirsch, S. 200 A. 1; Schloßmann, S. 372 bis 374.

[67]) Wolff, § 51, III.

[68]) Goldschmidt, S. 40.

der Gesetzestechnik sei und kein Merkmal des Eigentums. Der Kreis der dem Eigentümer zustehenden Befugnisse sei in Wirklichkeit ebenso abgeschlossen, wie der der begrenzten dinglichen Rechte. Dem kann nicht zugestimmt werden. Wenn der Kreis der Befugnisse abgeschlossen wäre, so würde, wenn einmal eine neue Befugnis aus der Entwicklung der Dinge heraus entstehen würde, diese weder dem Eigentümer noch sonst jemand zustehen. Es wäre also kein Berechtigter vorhanden. Da das aber nicht richtig sein kann, so ist die Ansicht Goldschmidts ebenfalls unrichtig, denn nach ihm kann das Eigentum immer nur die Befugnisse umfassen, die zur Zeit denkbar sind. Die negative Begriffsbestimmung des Eigentums ist also ein Wesensmerkmal, das es von anderen Rechten unterscheidet[69]).

Zu einer im Ergebnis gleichen Auffassung kommt der dänische Jurist Vinding Kruse[70]), der die Grundfragen des Eigentumsrechts gleichzeitig von verschiedenen Wissensgebieten aus — der Rechtswissenschaft, der Gesellschaftswissenschaft, der Psychologie, Physiologie und der Ästethik — zu klären versucht[71]). Das Eigentumsrecht besteht nach Kruse in einer bestimmten Reihe von Befugnissen, die feststehend in jedem natürlich entwickelten Eigentumsrecht zu finden seien[72]). Man könne vier Hauptbefugnisse unterscheiden. Die 1. Befugnis sei in dem Recht zu erblicken, über den Gegenstand oder das Gut nach innen faktisch zu verfügen und es auszunutzen. Die 2. Befugnis bestehe darin, daß der Eigentümer das Gut veräußern, verpfänden oder auf andere Weise darüber durch eine Willenserklärung gegenüber einem Dritten verfügen dürfe. Die 3. Befugnis sei in der Tatsache zu finden, daß alle Güter, die das Vermögen des Eigentümers bilden, auch ohne eine Verpfändung oder einen ähnlichen Rechtsakt dem Zugriff seiner Gläubiger ausgesetzt seien und somit diesem haften. Dadurch seien sie die Grundlage für jeden Personalkredit. Eine 4. Befugnis stelle das Recht dar, die Güter zu vererben.

Die Befugnis zu 1., die tatsächliche Ausnutzung des Gutes nach innen, werde nun häufig dadurch geteilt, daß der Eigentümer einige dieser Befugnisse einem anderen durch Willenserklärung oder Vertrag übertrage). (Bestellung eines Pfandrechts, Nießbrauches usw.) Diese übertragenen Teile

[69]) So auch Schmidt-Rimpler, S. 45.
[70]) Vinding Kruse, Eigentumsrecht, S. 156 ff.
[71]) ders., S. 5.
[72]) ders., S. 158 ff.
[73]) ders , S. 164.

des Eigentumsrechts bezeichnet Kruse, da sie durch Teilung entstanden seien, als teilweise Eigentumsrechte. Man könne sie auch als mittelbare Eigentumsrechte bezeichnen, da über sie nur mittelbar, nur mittels des vorher bestehenden, umfassenderen Rechts eines anderen als Grundlage, verfügt werden könne[74]). Im Gegensatz dazu sei das eigentliche Eigentumsrecht als das unmittelbare Eigentumsrecht anzusehen.

Um das Wesen des Eigentumsrechts im weitesten Sinne erfassen zu können, unterscheidet Kruse zwischen dem Inhalt und dem Gegenstand des Eigentums. Der Inhalt des Eigentums bestehe in den unter 1. bis 4. genannten Befugnissen. Diese Befugnisse seien gleichmäßig bei dem unmittelbaren wie bei dem mittelbaren oder teilweisen Eigentumsrecht vorhanden. Denn auch der teilweise Pfandgläubiger und der Nießbraucher könne sein Recht veräußern, es verpfänden, sich Personalkredit darauf verschaffen und es vererben[75]). Der Unterschied zwischen beiden Arten von Rechten sei in ihrem Gegenstand zu finden. Gegenstand des unmittelbaren Eigentumsrechts seien alle Befugnisse unter 1. (tatsächliche Ausnutzung nach innen), soweit sie nicht auf die teilweise Berechtigten übertragen seien. Der Gegenstand des mittelbaren Eigentumsrechts bestehe dagegen nur in einer oder in mehreren Befugnissen nach erstens[76]). Die Lage sei also so, daß die Beteiligten an dem zugrunde liegenden Gut (Eigentümer, Gebrauchsberechtigter, Pfandgläubiger und gewöhnlicher Gläubiger) letzten Endes in bezug auf das Gut, über das jeder verfüge, gleichgestellt seien. Jeder nehme einen besonderen wirtschaftlichen Ausschnitt aus der Nutzung und Verwendung des gemeinsamen Gutes. Über diesen Ausschnitt aber, möge er größer oder kleiner sein, verfüge jeder mit den Befugnissen eines Eigentümers (1. bis 4.)[77]). Alle diese Rechte seien daher als Eigentumsrechte im weiteren Sinne zu bezeichnen. Der Unterschied zwischen dem unmittelbaren Eigentümer und allen anderen Berechtigten sei darin zu finden, daß jener alle Befugnisse über das Gut haben könne und auch oft mehrere oder die meisten habe, während von den anderen Berechtigten jeder nur ganz einzelne, bestimmte Befugnisse aus der Gruppe 1 besitze.

Wenn wir die Auffassung Vinding Kruses mit der von uns vertretenen Auffassung vergleichen wollen, müssen wir

[74]) ders., S. 166.
[75]) ders., S. 168.
[76]) ders., S. 168.
[77]) ders., S. 170.

zunächst versuchen, die Bezeichnungen für dieselben Dinge einander anzugleichen. Das macht keine Schwierigkeit bei der von Kruse gewählten Bezeichnung unmittelbare und mittelbare oder teilweise Eigentumsrechte. Hier können wir, ohne auf die Berechtigung der abweichenden Benennung einzugehen, ohne weiteres unsere bisher verwendeten Bezeichnungen „Eigentum" und „beschränktes dingliches Recht" einsetzen.

Schwieriger ist es, das, was unter Inhalt und Gegenstand des Rechts zu verstehen ist, auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen; denn hier muß bereits eine Kritik der Auffassung Kruses einsetzen.

Was Kruse als den Gegenstand des Eigentumsrechts bezeichnet, bezeichnen wir als seinen Inhalt. Das ergibt sich aus folgender Überlegung. Nach Kruse bilden den Inhalt des Eigentumsrechtes und des beschränkten dinglichen Rechts die unter 1. bis 4. näher bestimmten Befugnisse, während der Gegenstand aus Befugnissen der Gruppe 1 besteht. Die vier Hauptbefugnisse sind jedoch jedem Recht, sei es ein dingliches oder obligatorisches Recht, eigen, ohne daß es einer besonderen Hervorhebung bedürfte. Da es uns allein darauf ankommt, den charakteristischen, wesenseigentümlichen Inhalt des Rechts, seinen Kern, herauszufinden und zu kennzeichnen, wir aber nicht jede Befugnis feststellen wollen, die irgendwie mit dem Recht kraft seiner Eigenschaft als Recht zusammenhängt, müssen wir diese zu weit gefaßte Umgrenzung des Inhalts des Rechts ablehnen. Für uns ist es maßgebend, welche Rechte dem dinglich Berechtigten an der Sache, nicht welche Befugnisse ihm an dem Recht selbst zustehen. Diese Befugnisse an der Sache nennt Kruse den Gegenstand des Rechts, ein Ausdruck, der schon deswegen ungeeignet ist, weil sogar Kruse selbst ihn in zweifacher Beziehung gebraucht: Einmal nennt er das zugrunde liegende Gut Gegenstand des Rechts; dann wieder soll Gegenstand die Befugnis sein, das Gut nach innen tatsächlich zu nutzen und zu verwerten. Es erscheint daher richtiger, den besonderen, wesenseigentümlichen Kern eines Rechts als den Inhalt des Rechts und die Sache, das Gut, auf das sich das Recht bezieht, als seinen Gegenstand oder Beziehungsgegenstand zu bezeichnen.

Wir können somit feststellen, daß das „unmittelbare und das mittelbare oder teilweise Eigentumsrecht" unserem „Eigentumsrecht und beschränktem dinglichen Recht" und daß der „Gegenstand" des Rechts unserem „Inhalt" des Rechts entspricht. Mit unseren Bezeichnungen würde daher das Ergebnis, zu dem Kruse kommt, folgendermaßen lauten:

Der Unterschied zwischen dem Eigentumsrecht und dem beschränkten dinglichen Recht besteht darin, daß der Eigentümer alle Befugnisse der Gruppe 1 (tatsächliche Ausnutzung des Gutes nach innen) haben k a n n und tatsächlich oft mehrere oder die meisten davon hat, während der Berechtigte des begrenzten dinglichen Rechts nur ganz einzelne, bestimmte Befugnisse der Gruppe 1 hat. Das heißt nichts anderes, als daß der Inhalt des Eigentumsrechts negativ, der des begrenzten dinglichen Rechts positiv bestimmt ist.

Es gibt noch ein weiteres, sehr wesentliches Unterscheidungsmerkmal: die Rangstellung.

Wenn mehrere Rechte an einer Sache bestehen, so müssen sie mit Notwendigkeit auch zueinander in einem Verhältnis stehen. Sie müssen einen Rang haben.

Hier besteht die Möglichkeit, daß sie entweder gleichen oder verschiedenen Rang haben. Haben wir Rechte gleicher Art, z. B. verschiedene Pfandrechte, so ist es zwar denkbar, daß die Inhaber dieser Rechte in gleicher Weise berechtigt sein sollen. Reicht die verpfändete Sache nicht zur vollen Befriedigung aller aus, so vermindert sich der Wert des einzelnen Rechts verhältnismäßig. Diese Regelung als Grundsatz eingeführt, würde jedoch eine große Unbilligkeit mit sich bringen. Mit jedem neu hinzutretenden Recht würde sich der Wert der früher bestellten Rechte vermindern. Deshalb ist es allein vernünftig und zweckmäßig, wenn grundsätzlich das ältere Recht dem jüngeren vorgeht. Man kann sich aber auch vorstellen, daß mehrere begrenzte Rechte verschiedener Kategorie gleichen Rang haben. Das ist deshalb möglich, weil die Befugnisse, die die einzelnen Rechte gewähren, sich nicht genau decken, sondern sich überschneiden. Aber auch hier ist die einzig vernünftige Regelung die, daß das ältere Recht dem jüngeren im Range vorgeht.

Anders ist es bei dem Eigentum in seinem Verhältnis zu den begrenzten dinglichen Rechten. Da das Eigentum, wie wir oben[78]) gesehen haben, hinsichtlich seines Inhalts negativ bestimmt ist, umfaßt es alle Befugnisse, die an der Sache möglich sind, mit Ausnahme derjenigen, in denen die Rechtsordnung überhaupt keine freie Maßgeblichkeit gewährt[79]). Soll nun an der Sache das Bestehen eines weiteren dinglichen Rechts angenommen werden, so muß dies erstens positiv bestimmt sein und kann nur einzelne Befugnisse umfassen. Andernfalls kann das Eigentum nicht mehr neben ihm gedacht

[78]) oben, S. 23.
[79]) Schmidt-Rimpler, S. 33.

werden. Zweitens muß es mit Notwendigkeit dem Eigentum im Rang vorgehen. Ginge das Eigentum vor, so würde das begrenzte Recht so gut wie wertlos sein, da das Eigentum alle seine Befugnisse umfaßt. Es würde also nur dann praktisch Befugnisse gewähren können, wenn das im Range vorgehende Eigentumsrecht fortfällt. Dieser Fall tritt natürlich sehr selten ein. Ein solches Recht wäre sinnlos, da es seinen Zweck in keiner Weise erfüllen kann. Wir sehen also, daß das Eigentum nur als letztständiges Recht denkbar ist. Das gilt nicht nur für die geltende Rechtsordnung, sondern für jede irgendwie denkbare, sofern sie nur Gebilde wie die begrenzten dinglichen Rechte, also noch Rechte an der Sache außer dem Eigentum, kennt.

Wir erkennen, daß hier ein weiterer qualitativer Unterschied zwischen Eigentum und begrenztem dinglichen Recht besteht. Damit haben wir ein weiteres Wesensmerkmal des Eigentums gegenüber anderen Rechten gefunden: es ist stets letztständig[80]).

Dieses Merkmal hat schon Stammler[81]) als wesentlich hingestellt. Er ist noch weiter gegangen und hat es als das alleinige Merkmal angesehen. Er ist der Ansicht, daß eine Unterscheidung dem Inhalt nach nicht gefunden werden könne. Das Wesen des Eigentums sei lediglich in seiner Stellung im formellen Instanzenzug begründet. Wolle man bei mehreren Rechten prüfen, welches von ihnen das Eigentumsrecht sei, so brauche man nur zu fragen, welcher von den Berechtigten in letzter Hinsicht maßgebend sei. Dieser sei dann der Eigentümer.

Diese Ansicht ist jedoch zu formalistisch. Sie trifft auch vor allem nicht sämtliche Besonderheiten des Eigentums. Die dem Eigentum wesentliche Art der Bestimmung des Inhalts muß mit in die Definition hinein genommen werden. Es fehlt die Hervorhebung, daß, abgesehen von den Beschränkungen alles, der ganze Rest möglicher Verfügungsgewalt den Inhalt des Eigentums ausmacht. Dem Eigentum ist es begriffswesentlich, daß nur die Beschränkungen seinen Inhalt bestimmen[82]).

Man hat gegen die Aufnahme des Merkmals der Rangstellung in die Eigentumsdefinition eingewandt, daß für das Wesen des Rechts nur sein Inhalt, nicht sein Rang maßgebend sei[83]). Aber wenn man die Frage nach dem Wesen irgend-

[80]) Zustimmend Hirsch, S 200 A. 1.
[81]) Eigentum und Besitz.
[82]) Schmidt-Rimpler, S. 50.
[83]) Gierke, D. P. R., Bd. II, S. 922 A. 13; Goldschmidt, S. 39.

eines Gebildes beantworten will, so muß man doch in erster Linie alle Besonderheiten heranziehen, die es immer und bei jeder Gelegenheit zeigt und zeigen muß. Wenn neben dem besonderen Inhalt eines Rechts auch eine besondere Rangstellung vorhanden ist, so steht nichts im Wege, diese Rangstellung auch mit in die Definition des Rechts hineinzunehmen, da sie in seinem Wesen begründet ist.

Martin Wolff[84]) führt aus, daß erst das Bestehen von mehreren Rechten ein Rangverhältnis ergebe. Das unbelastete Eigentum habe keinen Rang. Das ist unrichtig. Das unbelastete Eigentum äußert nur seine Qualität hinsichtlich des Ranges nicht[85]). Nimmt man mit Wolff an, daß das Eigentum als solches keinen Rang hat, so bleibt es unerklärlich, wodurch die neu an der Sache entstehenden begrenzten Rechte einen Vorrang vor dem Eigentum erhalten. Wolff sagt, er stamme natürlich nicht aus dem Eigentum. Woher stammt er dann? Darauf muß Wolff die Antwort schuldig bleiben. Schmidt-Rimpler[86]) hat durchaus Recht, wenn er sagt, daß nach der Ansicht von Wolff das Eigentum und die begrenzten dinglichen Rechte gerade gleichen Rang haben müßten, da nach ihm sowohl der Eigentümer wie der dinglich Berechtigte ein Stück Eigentum inne habe. Wie kann ein „verselbständigter Eigentumssplitter", der in der Hand des Eigentümers bleibt, nunmehr einen Vorrang vor dem Eigentum haben, den er vorher nicht gehabt hat? Eine Lösung dieser Fragen läßt sich nur dadurch finden, daß man anerkennt, daß auch das unbelastete Eigentum eine Rangqualität hat und daß deswegen die begrenzten dinglichen Rechte Vorrang haben müssen.

Wir stehen am Ende unserer Untersuchung über das Wesen des Eigentums. Wir haben gesehen, daß von seinen Merkmalen nur zwei als ihm eigentümliche zu werten sind: die negative Bestimmung seines Inhalts und seine Rangstellung. Wir können uns daher der von Schmidt-Rimpler[87]) gegebenen Definition anschließen. Nach ihm ist das Eigentum „das inhaltlich negativ bestimmte, im Range allen an derselben Sache denkbaren Rechten nachstehende Ausschließungsrecht an einer Sache". Das begrenzte Recht ist dagegen „das inhaltlich positiv bestimmte, im Range bestimmten anderen an der Sache denkbaren Rechten vorgehende Ausschließungsrecht".

---

[84]) Wolff, § 51, II. Ferner v. Tuhr, Bd. II, Teil 1, S. 75 ff.
[85]) Schmidt-Rimpler, S. 46.
[86]) ders., S. 36.
[87]) ders., S. 35.

Die Konfusion dinglicher Rechte.

§ 7.

Allgemeines.

Nachdem wir das Wesen des Eigentums und der begrenzten dinglichen Rechte dargelegt haben, haben wir nunmehr zu untersuchen, wie sich beide Rechte verhalten, wenn sie in der Hand einer Person zusammentreffen. Zugrunde gelegt wird dabei der Fall, daß beide Rechte schon bestehen und jetzt, etwa durch Erbgang, einem Rechtssubjekt zufallen.

Früher hatte man allgemein einer solchen Konfusion eine das begrenzte dingliche Recht vernichtende Wirkung beigelegt. Es ist das unbestrittene Verdienst von Jhering[88]), Hartmann[89]) und Bekker[90]), diese Ansicht über die Konfusion der dinglichen Rechte widerlegt und ausgeschaltet zu haben.

Die Beantwortung der Frage, ob das Eigentum und ein begrenztes dingliches Recht an derselben Sache in der Hand derselben Person bestehen können, hängt in der Hauptsache davon ab, wie man das Wesen des Eigentums und damit auch der begrenzten Rechte auffaßt. Entsprechend dieser verschiedenen Auffassung lassen sich hinsichtlich der Wirkung der Vereinigung zwei große Gruppen von Meinungen unterscheiden. Nach der einen Meinung hat die Konfusion stets oder doch regelmäßig den Untergang des begrenzten Rechts zur Folge. Nach der anderen Gruppe hat die Konfusion als solche keine rechtsvernichtende Wirkung. Dafür, ob beide Rechte fortbestehen, seien andere Gesichtspunkte maßgebend.

Die erste Gruppe, die eine rechtsvernichtende Wirkung annimmt, läßt sich wiederum in zwei Untergruppen scheiden, und zwar nach dem Grunde, aus dem die angenommene Wirkung der Konfusion gefolgert wird.

§ 8.

Obligatorische Theorien.

Die erste Untergruppe der ersten Meinung erblickt den Grund für die rechtsvernichtende Wirkung der Konfusion

[88]) Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, in Jherings Jahrb. f. Dogm., Bd. 10, S. 386 ff.

[89]) Hartmann, Rechte an eigener Sache, Freiburger Programm 1877, und Jherings Jahrb., Bd. 17. S. 69 ff.

[90]) Bekker, Allerlei von dinglichen Rechten, in Ztschr. für vgl. Rechtswissenschaft, Bd. 2, S. 11 ff.

nicht in dem Wesen des Eigentums, sondern in der sog. obligatorischen Seite des Rechtsverhältnisses zwischen Eigentümer und Inhaber des begrenzten dinglichen Rechts[91]). Nach dieser Meinung stehen sich beide wie bei einem Schuldverhältnis als Berechtigter und Verpflichteter gegenüber. Berechtigter sei der Inhaber des begrenzten dinglichen Rechts, Verpflichteter der Eigentümer. Fallen diese zusammen, so müsse ein Recht erlöschen, da niemand zugleich Berechtigter und Verpflichteter in einer Person sein könne. Das Recht, das erlöschen müsse, sei das begrenzte Recht, da es zu dem vollständigen Inhalt des Eigentums seiner ursprünglichen Bestimmung nach gehöre[92]) [93]).

Diese Meinung, die übrigens konsequenterweise jeden Unterschied zwischen der Konfusion obligatorischer und dinglicher Rechte leugnen muß[94]), hat in der Wissenschaft vielfach eine ablehnende Beurteilung erfahren[95]). Sie ist zu verwerfen, da sie von einer falschen Auffassung des dinglichen Rechts, insbesondere des begrenzten dinglichen Rechts ausgeht. Diesem ist es eigentümlich, daß es sich gegen alle Personen richtet, die von dem Berechtigten verschieden sind. Unter diesen befindet sich gewöhnlich auch der Eigentümer, es sei denn, daß zur Zeit keiner vorhanden ist, wie es bei der Dereliktion der Fall ist. Wie gerade letzteres Beispiel zeigt, muß ein Eigentümer nicht notwendig vorhanden sein, um ein begrenztes dingliches Recht an einer Sache bestehen zu lassen. Es ist also ein Irrtum, wenn man den Eigentümer als „d e n" Verpflichteten ansieht und aus seinem Zusammenfallen mit dem Berechtigten wie bei einem Schuldverhältnis eine rechtsvernichtende Wirkung der Konfusion herleitet[96]). Der Inhaber eines begrenzten dinglichen Rechts hat doch auch „obligatorische" Beziehungen zu anderen ihm nachstehenden Berechtigten an der Sache außer dem Eigentümer. Geht denn hier

---

[91]) Friedmann, Die Wirkungen der confusio, Greifswald. Diss., 1884, S. 2 ff., 15; Gerland, S. 346; Schwedler, S. 92; Sachs, Konfusion, 1898, S. 11, 12; Fuchs, Grundbuchrecht, § 889 Nr. 5; Windscheid-Kipp, Bd. II, § 352 Nr. 3; Jhering in seinem Jahrb., Bd. 10, S. 456.

[92]) Friedmann, S. 2.

[93]) So auch Sachs, S. 13, 25, der übrigens rechtsvernichtende Wirkung nur dann annimt, wenn die Konfusion aus einem unwiderruflichen Rechtsgrund erfolgt, vgl. S. 11.

[94]) So Friedmann, S. 3 und die dort Zitierten. Ferner Sachs, S. 11, und Schwedler, S. 92.

[95]) z. B. v. Thur, Bd. I, S. 77 A. 33.

[96]) Kretschmar, S. 53; Schmidt-Rimpler, S. 65; Hartmann, Programm, S. 31 ff.; Jherings Jahrb., Bd. 17, S. 94 (f. d. Dienstbark.).

etwa auch das Recht unter, wenn Berechtigter und Verpflichteter zusammenfallen?

Die von den Vertretern dieser Auffassung gemachten Versuche, das Bestehenbleiben des begrenzten dinglichen Rechts trotz Vereinigung mit dem Eigentum unter gewissen Umständen zu erklären, dessen praktische Bedeutung und Notwendigkeit auch sie nicht verkennen, führen nicht gerade zu einleuchtenden Ergebnissen. Friedmann[97]) will die rechtsvernichtende Wirkung nur dann eintreten lassen, wenn volle Berechtigung und volle Verpflichtung zusammentreffen. Wenn beim Pfandrecht außer dem ersten Hypothekar noch weitere vorhanden seien, so trete im Falle eines Zusammentreffens von Eigentum und begrenztem Recht keine Konfusion ein. Das schon jetzt bestehende Recht des nachstehenden Gläubigers halte das Pfandrecht fest. Eine ähnliche Begründung gibt Gerland[98]). Es ist aber schwer verständlich, wie dies „Festhalten" vor sich geht. Es wirkt doch zuungunsten der Nachgläubiger. Diese haben daher kein Interesse daran, das Recht „festzuhalten". Vor allem beweist diese Annahme, daß der Eigentümer nicht die Stellung eines Verpflichteten im Sinne eines Schuldverhältnisses hat, sondern daß er nur Verpflichteter wie alle anderen von dem Berechtigten verschiedenen Personen ist. Denn sonst müßte das Recht untergehen, da der Grundsatz durchgreift, daß niemand sein eigener Verpflichteter sein kann.

Schmidt-Rimpler[99]) bekämpft Friedmann auch deswegen, weil dieser annimmt, daß das begrenzte Recht während seiner Vereinigung mit dem Eigentum ruhe[100]). Diese Angriffe, die sich auch ganz allgemein gegen die Verwendung des Begriffes des Ruhens von Rechten richten, sind unbegründet. Es ist Schmidt-Rimpler zwar darin zuzustimmen, daß man ein erloschenes Recht nicht als ruhend bezeichnen kann, um dann sein Wiederaufleben unter gewissen Umständen zu behaupten. Friedmann[101]) läßt aber klar zum Ausdruck kommen, daß er das ruhende Recht nicht als erloschen betrachtet, sondern daß er der richtigen Ansicht ist, daß es nur seine Wirksamkeit nicht oder nicht voll entfalten kann. Auch Windscheid[102]) äußert sich in diesem Sinne. Es kann also keine Rede davon sein, daß, soweit der Begriff des ruhenden Rechts bei der Kon-

[97]) Friedmann, S. 2, 9, 11, 13, 15, 20. Gegen ihn Schmidt-Rimpler, S. 63.
[98]) Gerland, in Grünhuts Ztschr., Bd. 25, S. 346.
[99]) Schmidt-Rimpler, S. 75.
[100]) Friedmann, S. 8, 10, 12.
[101]) ders., S. 8, 10, 12.
[102]) Windscheid-Kipp, Bd. I, § 65, S. 302.

fusion verwertet ist, der Gedanke meistens der ist, daß das Recht tatsächlich erloschen sei und nur gegebenenfalls wieder auflebe. Auch von Thur spricht an einer Stelle von dem Ruhen des Rechts oder einzelner seiner Befugnisse[103]), aber auch nur in dem Sinne, daß das Recht nicht erloschen sei. An einer anderen Stelle[104]) ist seine Stellungnahme jedoch unklar. Hier spricht er davon, daß ausnahmsweise ein untergegangenes Recht wieder entstehen könne, ohne daß der ganze Entstehungstatbestand von neuem einzutreten brauche. In diesem Falle könne man von einem Ruhen statt von einem Erlöschen des Rechts sprechen. Diese Stelle ist angreifbar.

§ 9.

Absorbtionstheorien.

Die zweite Gruppe von Schriftstellern, die eine rechtsvernichtende Wirkung der Konfusion aus logischen Gründen behauptet, begründet ihre Ansicht aus ihrer Auffassung vom Eigentum heraus. Da das Eigentum das allumfassende Recht sei, müsse das begrenzte Recht, da es keine Befugnisse gewähren könne, die nicht schon im Eigentum enthalten seien, untergehen, wenn es sich mit dem Eigentum vereinige, und zwar mit logischer Notwendigkeit. Der Eigentümer könne durch das begrenzte Recht nichts hinzubekommen, was er nicht schon kraft seines Eigentumsrechts habe. Diese Ansicht ist im Schrifttum am häufigsten vertreten[105]). Da sie aber von einem, wie wir oben[106]) darzulegen versucht haben, falschen Eigentumsbegriff ausgeht, ist sie abzulehnen. Sie setzt voraus, daß beide Rechte qualitativ gleich sind, daß also das begrenzte Recht gegenüber dem Eigentum keine Besonderheiten aufweist,

---

[103]) v. Tuhr, Bd. II, 1, S. 81.

[104]) a. a. O., S. 95.

[105]) z. B. Kretschmar, S. 54; Bruck, S. 132; v. Tuhr, Bd. I, S. 177 A. 33, Bd. II, 1, S. 79.
Daß Schmidt-Rimpler, S. 69, hier auch Schwedler, S. 120, anführt, ist unrichtig. Schwedler sagt a. a. O.: „Ein beschränktes Recht erlischt, wenn der Berechtigte die volle unbeschränkte, rechtliche Verfügungsmacht über den Gegenstand erwirbt". Er stellt diesen Satz aber nur als Folge seines S. 92 erwähnten Rechtsgrundsatzes der Konfusion hin, der unzweifelhaft der obligatorischen Theorie angehört. Der zitierte Satz kann also nur besagen, daß, wenn der Berechtigte volle Verfügungsgewalt über die Sache hat, kein Verpflichteter mehr vorhanden ist Andernfalls bestände eine unerklärliche Inkonsequenz bei Schwedler Auch Friedmann ist hier nicht zu nennen. Vgl. ihn S. 3, Abs. 2.

[106]) oben, S. 15—28.

abgesehen davon, daß es weniger Befugnisse gewährt. Das ist aber unrichtig.

Von der Grundauffassung der herrschenden Meinung aus ist das gleichzeitige Bestehen von Eigentum und begrenztem dinglichen Recht an derselben Sache in der Hand derselben Person kaum zu erklären.

Otto v. Gierke[107]) sieht die Lösung in der Unterscheidung der subjektiven und der objektiven Seite eines Rechtsverhältnisses. Das Eigentümerpfandrecht soll seinem subjektiven Bestand nach lediglich Eigentumsbestandteil, seinem objektiven Bestand nach aber in Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechts verselbständigt sein. Als subjektives Rechtsverhältnis habe es keinen gegenüber dem Eigentum selbständigen Bestand. Es gewähre keine Sachherrschaft, die nicht im Eigentum enthalten sei. Dritten gegenüber erlange der Eigentümer keine sachenrechtliche Macht, die er nicht schon als Eigentümer habe. Hinsichtlich der subjektiven Seite besage das Eigentümerpfandrecht also nur, daß eine bestimmte Beschränkung des Eigentums nicht bestehe. Nach diesen Ausführungen sollte man denken, daß ein Eigentümerpfandrecht unvorstellbar ist. Gierke sagt aber weiter, daß der objektive Bestand eines vom Eigentum getrennten Rechts an der Sache gegeben sei. Dessen erforderlicher Inhalt sei aus dem des Eigentums herausgenommen worden und als selbständiger Vermögensbestandteil konstituiert. Eine dingliche Schuld des Eigentümers bestehe nicht, es sei aber ein objektives Verhältnis hergestellt, kraft dessen die Sache mit einer Schuldträgerschaft belastet und die entsprechende Rechtsträgerschaft mit dem ausgeschiedenen Wertsteil verknüpft sei. So vermöge das Eigentümerpfandrecht nur die Wirkungen eines Pfandrechts zu äußern, die ein subjektives Rechtsverhältnis nicht voraussetzen. Es sei aber befähigt, sich ohne weiteres zu einem vollwirksamen Pfandrecht zu entfalten, sobald die Subjekte sich zweien.

Gerade der letzte Satz zeigt den Mangel dieser Auffassung. Daß bei einer Zwangsvollstreckung der Eigentümer auf Grund des ihm zustehenden Pfandrechts eine dessen Wert entsprechende Summe von dem Erlös erhält, läßt sich allenfalls daraus erklären, daß die Sache und nicht der Eigentümer haftet, ein subjektives Rechtsverhältnis also nicht vorausgesetzt ist. Wie kann aber durch die Übertragung des Eigentümerpfandrechts an einen Dritten dieses wieder vollwirksam

[107]) Gierke, D. P. R., II, § 166, II, S. 921 ff.

werden? Wie kommt es, daß der subjektive Bestand des Rechts, der doch vorher untergegangen war, nunmehr wieder vorhanden ist? Eine Erklärung läßt sich nur darin finden, daß der Eigentümer mehr Recht übertragen hat, als ihm zustand. Das ist aber eine Unmöglichkeit.

Martin Wolff[108]), der sich im übrigen auf Gierke beruft[109]), geht diesem Widerspruch aus dem Wege, indem er das Bestehen eines vollwirksamen Pfandrechts annimmt, das sich nicht von dem unterscheide, das einem Dritten an der Sache bestellt sei. Das Eigentümerpfandrecht ist seiner Ansicht nach wie jedes andere begrenzte dingliche Recht ein Eigentumssplitter[110]). Es ist aber mit der Definition des Eigentums als des Rechts zur höchstmöglichen Beherrschung unvereinbar, daß trotz seiner Vereinigung mit dem begrenzten Recht dieses nicht vom Eigentum absorbiert wird. Auch bleibt es unklar, wie es kommt, daß dieses verselbständigte Stück Eigentum andere Wirkungen als das Eigentum selbst äußern kann[111]).

Auch Kretschmar, der ebenfalls auf dem Standpunkt der Absorbtionstheorie steht[112]), versucht zu begründen, daß unter Umständen trotz der Konfusion noch gewisse Wirkungen des begrenzten dinglichen Rechts bestehen bleiben[113]). Er geht von dem Begriff des subjektiven Rechts aus, dessen Bildung von zwei verschiedenen Punkten aus angesetzt habe. Der eine liege auf juristisch formalem Gebiet. Das Recht werde als eine von der Rechtsordnung verliehene Macht anerkannt, die zu einem Subjekt in Beziehung gebracht, diesem hingegeben werde. Dieser primäre Stoff für die Begriffsbildung sei aber nicht der einzige. Das Recht erscheine auch unter dem Gesichtspunkt des Vermögens, das ein Komplex von Rechten, aber angesehen unter dem Gesichtspunkt des Wertes, sei. Fasse man die einer Person zustehenden Rechte unter dem Gesichtspunkt des Vermögens zusammen, so müsse man von dem juristischen Aufbau des Einzelrechts absehen und nur das allen Vermögensrechten gemeinsame betrachten: den rechtlichen Genußgehalt, die güterbeherrschende Kraft. Infolgedessen könne man das Recht verschieden auffassen. Je nachdem von welchem Gesichtspunkt aus man den Rechtsbegriff betrachte, gingen verschiedene Elemente in ihn ein.

[108]) Wolff, § 147, I, 3. So auch v Tuhr, Bd. II, 1. Teil, S. 81.
[109]) ders., a. a. O. A. 7.
[110]) So auch v. Tuhr, Bd II, 1. Teil, S. 63 A. 23.
[111]) Schmidt-Rimpler, S. 74.
[112]) vgl. oben, S. 32 A. 105.
[113]) Kretschmar, S. 130 ff.

Das eine Mal sei es mehr die individualisierende rechtliche Struktur, das andere Mal mehr der gleichmachende Genußinhalt. Daraus folgert Kretschmar, daß das Recht seiner juristischen Anschauungsweise nach vernichtet werden könne, während es als Vermögensbestandteil fortbestehe.

Dieses übrig bleibende Etwas ist sehr schwer faßbar, wie Kretschmar selbst zugeben muß[114]). Gegen seine Ansicht ist zunächst einmal zu sagen, daß die Elemente eines Rechts nicht dadurch wechseln, daß man es von verschiedenen Gesichtspunkten aus betrachtet. Das Recht als solches bleibt sich gleich und damit auch die Elemente, aus denen es sich zusammensetzt. Es ist wohl richtig, daß man zu einer verschiedenen Auffassung von der Bedeutung eines Rechts kommt, je nachdem ob man es in bezug auf seine rechtliche Natur oder auf seinen Vermögenswert hin betrachtet. Aber rechtliche Natur und Vermögenswert eines Rechts können nicht voneinander getrennt werden. Es ist beides dasselbe, nur von verschiedenen Seiten aus gesehen. Vor allem steht das Recht als Vermögensbestandteil in einem vollkommenen Abhängigkeitsverhältnis zu dem Recht selbst. Eine Befugnis kann nur dann für eine Person Vermögenswert haben, wenn die Rechtsordnung sie als bestehend anerkennt. In dem Augenblick, in dem die Rechtsordnung der Befugnis aus irgendeinem Grunde die Anerkennung versagt, hört sie auf, einen Vermögenswert zu haben. Denn sie ist nunmehr auf keine Weise durchzusetzen und wirtschaftlich nutzbar zu machen. Sie ist eben keine Befugnis mehr. Deswegen kann ein Recht, das untergegangen ist, also seiner juristischen Anschauungsweise nach nicht mehr besteht, auch nicht mehr als Vermögensbestandteil fortbestehen[115]).

§ 10.

Zweckmäßigkeitstheorien.

Eine befriedigende Lösung des Problems der Rechte an eigener Sache sowie der Frage der Konfusion dinglicher Rechte läßt sich nur aus dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit heraus finden. Allerdings darf man nicht so verfahren, daß man zunächst das logisch zwingende der rechtsvernichtenden Wirkung der Konfusion anerkennt, sodann aber einen anormalen Fall annimmt, in dem ausnahmsweise aus Gründen

[114]) ders., S. 130.
[115]) So auch Schmidt-Rimpler, S. 75.

der Zweckmäßigkeit und Billigkeit das begrenzte Recht doch weiter besteht. Gegen ein derartiges Verfahren würden die oben[116]) erwähnten Vorwürfe, daß es allen juristischen Begriffen widerspreche, durchaus zu Recht bestehen.

Infolgedessen sind die verschiedensten Versuche gemacht worden, um nachzuweisen, daß die Konfusion dinglicher Rechte eine rechtsvernichtende Wirkung mit logischer Notwendigkeit nicht zu haben brauche.

Als erster ist Jhering zu nennen[117]). Er geht davon aus, daß man bei einem Recht zwei Seiten unterscheiden müsse, die aktive und die passive. Als aktive Seite bezeichnet er[118]) die rechtliche Stellung, welche das Recht für den Berechtigten zur Folge habe. Die Wirksamkeit des Rechts beschränke sich aber keineswegs auf die Person des Berechtigten, es übe vielmehr einen gewissen, begrifflich notwendigen, beschränkenden Einfluß auf die Außenwelt aus. Alle Rechte des Privatrechts, mit Ausnahme des Persönlichkeitsrechts, begründen ein Rechtsverhältnis des Berechtigten zu etwas außerhalb von ihm, entweder zu einer Person oder zu einer Sache, seinem Objekt also. So wie das Recht seinem Subjekt die Qualität verleihe, Berechtigter zu sein, so verleihe es dem Objekt die Qualität, den Zwecken des Subjekts dienstbar zu sein. Recht oder Herrschaft auf der einen — aktiven — Seite und Dienstbarkeit oder Gebundenheit auf der anderen — passiven — Seite seien entsprechende Begriffe.

Diese passive Seite habe nun die Fähigkeit, auch bei vorübergehendem Fehlen der aktiven Seite, des Subjekts also, selbständig bestehen zu bleiben. Das ergebe sich aus dem Begriff der Gebundenheit des Rechtsobjekts[119]). Diese Gebundenheit bestehe in nichts anderem, als in der gesetzlichen Anerkennung des Bestimmungsverhältnisses einer Person oder Sache für die mittels des Rechts zu verfolgenden Zwecke des Berechtigten (Rechtszweck). Diese Anerkennung weise positiv die Person oder die Sache dem Berechtigten zu und verschließe sie damit negativ allen nicht berechtigten Personen.

Der Grund, weswegen nun bei vorübergehendem Fehlen des Subjekts die Gebundenheit fortdauere, sei darin zu finden, daß der Rechtszweck noch nicht erfüllt sei und daß deswegen das Bestimmungsverhältnis der Sache fortdauere[120]).

---

[116]) oben, S. 11.
[117]) Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, in Jherings Jahrb., Bd. 10, S. 386 ff.
[118]) Jhering, a. a. O., S. 392.
[119]) a. a. O., S. 395.
[120]) Jhering, a. a. O., S. 397, 452.

Ob im Falle der Konfusion lediglich die passive Seite des begrenzten dinglichen Rechts oder ob darüber hinaus das begrenzte Recht selbst fortbestehe, hänge davon ab, ob beide Seiten des Rechtsverhältnisses vollständig in der Hand derselben Person zusammenfallen oder nicht. Im ersteren Fall bleibe die passive Seite bestehen. Finde aber nur eine teilweise Neutralisierung statt und verbleibe ein Überschuß an rechtlicher Beziehung zu Dritten, so dauere das Recht selbst fort[121]). Ein solcher Überschuß sei vorhanden, wenn an derselben Sache noch andere dingliche Rechte bestehen. In diesem Fall müsse man aus dem Gesichtspunkt der noch nicht erreichten Zweckbestimmung heraus dem Pfandgläubiger die actio hypothecaria und das jus offerndi zugestehen. Das könne aber nur dann der Fall sein, wenn er ein volles Recht habe. Der Bestand nur der passiven Seite des Rechts hindere die nachstehenden Berechtigten nicht, ihre Rechte durchzusetzen. Durch das Fortbestehen nur der passiven Seite würde eben nur das Aufrücken der Berechtigten verhindert werden[122]) [123]).

Bei näherer Nachprüfung ist diese Theorie Jherings nicht überzeugend. Die passive Seite des Rechts ist doch nur dasselbe wie die aktive, nur von verschiedenen Seiten aus gesehen[124]). Deshalb kann man sie wohl in Gedanken trennen. In Wirklichkeit kann jedoch die passive Seite nicht ohne die aktive bestehen[125]).

Auch sollte man annehmen, daß dort, wo von einem Überschuß rechtlicher Beziehungen die Rede ist, diese Beziehungen zum Inhalt des Rechtsverhältnisses selbst gehören. Nach Jhering handelt es sich aber um Rechte, die mit dem zur Vereinigung kommenden Rechtsverhältnis nichts zu tun haben. Daß die mehrfache Belastung die Konsolidationskraft des Eigentums nicht verringert, ergibt sich daraus, daß ein Rechtsuntergang auch nach Jhering dann eintritt, wenn die an der Sache bestehenden Rechte dem zur Vereinigung kommenden im Range vorgehen. Auch hier bestehen überschüssige

[121]) a. a. O., S. 447.
[122]) a. a. O., S. 452 bis 454.
[123]) Auf dem Boden dieser Theorie stehen auch Hachenburg, Vorträge, S. 248, Beiträge S. 22; Biermann, Sachenrecht, 1. Aufl., 1898, § 116 3 A. 6 und die bei Bruck S. 122 zit. Matthiass, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 3. Aufl., Bd. II, S. 144 und Boehm, Das materielle und formelle Grundbuchrecht, 1898, S. 239, 309.
[124]) Bruck, S. 108: Schmidt-Rimpler, S. 73.
[125]) Hartmann, Jahrb., S. 113, Programm, S. 55.

Beziehungen zu Dritten und doch geht das begrenzte dingliche Recht unter[126]).

In den Fällen, in denen Jhering das ganze Recht bestehen läßt, würde es nach seiner eigenen Auffassung ohne Subjekt sein. Daß ein Recht nicht ohne Subjekt bestehen kann, hält er aber selbst für eine unbestreitbare Wahrheit[127]). Damit widerlegt sich die Theorie eigentlich von selbst.

Bekker[128]) unterscheidet ähnlich wie Jhering zwischen dem Bestand des Rechts und seiner Zuständigkeit, der Beziehung zum Rechtssubjekt[129]). Soweit er den Bestand von Rechten ohne Zuständigkeit behauptet[130]), gilt dasselbe, was gegen Jhering über die Fortdauer der passiven Seite der Rechte gesagt worden ist. Daß die Konfusion mit logischer Notwendigkeit rechtsvernichtende Kraft haben müsse, leugnet Bekker, weil man eine Befugnis aus dem einen und zugleich aus einem anderen Rechtsgrunde haben könne[131]). Für die Identität der Rechte sei nicht der Rechtsinhalt, sondern ihr Entstehungsgrund maßgebend. Der Grund für die rechtsvernichtende Kraft der Konfusion sei also nur in der Zweckmäßigkeit zu suchen[132]). Es gehe das Recht unter, dessen Fortbestand unnütz sei. Jedes Recht also, das in seiner Wirksamkeit irgendwie über das andere hinausgreife, gehe trotz des Zusammentreffens nicht unter.

Wenn auch dem Gedanken zuzustimmen ist, daß nur der Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit für die Wirkung der Konfusion maßgebend sein kann, so ist doch der Grund, weswegen die rechtsvernichtende Wirkung nicht schon aus logischen Gründen eintritt, nicht richtig von Bekker erkannt worden. Gerade vom Standpunkt der Absorbtionstheorie aus, der Bekker auch zustimmt[133]), ist lediglich der Inhalt des Rechts maßgebend. Für die Wirkung, die ein Recht hervorruft, muß es gleichgültig bleiben, aus welchem Grunde es erworben ist. Das Recht selbst erhält dadurch keinen anderen Charakter.

Auch Hartmann[134]) stellt das Zweckmoment in den Vordergrund. Er ist der Ansicht, daß die jura in re sich durch

[126]) Kretschmar, S. 210.
[127]) a. a. O., S. 390.
[128]) Bekker, Allerlei von dingl. Rechten, in Ztschr. f. vgl. Rechtsw., Bd. 2, S. 11 ff.
[129]) ders., S. 28.
[130]) ders., S. 29, 37.
[131]) a. a. O., S. 45.
[132]) ders., S. 46.
[133]) ders., S. 44.
[134]) Hartmann, Rechte an eigener Sache, Freiburger Programm, 1877 und in Jherings Jahrb. f. Dogm., Bd. 17, S. 69 f.

den richtenden und begrenzenden Zweck unterscheiden[135]). Jedem von ihnen sei ein bestimmter spezifischer Zweck eigentümlich, der ihnen die Richtung gebe und ihren Inhalt bestimme und noch besonders begrenze. Kraft dieses Zweckmoments sei das Recht entweder nur an einer fremden Sache denkbar oder aber man könne es sich auch an der eigenen Sache vorstellen. Gewöhnlich stehe ihm zwar ein fremdes Eigentumsrecht gegenüber. Sofern aber nach Lage der Dinge ein solches Recht auch noch Zweck und Sinn habe, wenn es an eigener Sache bestehe, so eröffne sich die Möglichkeit, es auch in dieser Anwendung zuzulassen. Es sei dann eine Ergänzung des Eigentumsrechts.

Bruck[136]) hat überzeugend dargelegt, daß der Zweck des Rechts nicht spezifisch seinen Inhalt bestimmen kann, da derselbe Zweck mittels verschiedener Rechte erreicht werden kann. Abgesehen davon ist Hartmann aber darin zuzustimmen, daß das Fortbestehen eines Rechts an eigener Sache dann anzunehmen ist, wenn dies Zweck und Sinn hat. Da er aber diese Gedankengänge nicht näher ausgeführt hat, kann auch er keine restlose Klarheit bringen.

§ 11.

Ergebnis.

Im Ergebnis können wir feststellen, daß die Vereinigung von Eigentum und begrenztem dinglichen Recht den Untergang dieses Rechts nicht aus logischen Gründen zur Folge hat. Die obligatorischen Theorien, die den Untergang deswegen annehmen, weil Berechtigter und Verpflichteter eine Person geworden seien, sind unrichtig, denn das begrenzte Recht richtet sich nicht nur gegen den Eigentümer, sondern gegen jeden Dritten. Der Eigentümer hat nicht eine dem Verpflichteten eines Schuldverhältnisses ähnliche Stellung. Aber auch die Absorbtionstheorien sind unrichtig, weil sie von einem unzutreffenden Eigentumsbegriff ausgehen. Ließen wir die reine Logik sprechen, so kämen wir zu dem Ergebnis, daß im Falle einer Vereinigung von Eigentum und begrenztem dinglichen Recht beide Rechte bestehen bleiben.

Aber das Recht ist nicht um seiner selbst willen da, sondern um einen ihm bestimmten Zweck zu erfüllen[137]). Es

[135]) a. a. O., Programm, S. 77, Jahrb. S. 132.
[136]) Bruck, Eigentümerhypothek, S. 106.
[137]) Jherings Jahrb., Bd. 10, S. 415.

soll den Bedürfnissen und Zielen einer Person, seines Subjekts, dienen. Das ist nun allerdings nicht so zu verstehen, daß jedes, auch das willkürlichste Interesse des Subjekts den Zweck des Rechts ausmacht. Zur Ausübung einer derartigen Willkür kann das objektive Recht, die Rechtsordnung, das Recht nicht verleihen, da sie nicht die Interessen des einzelnen, sondern die der Allgemeinheit regeln soll. Deswegen sind nur solche Interessen zu beachten, die sich mit den Belangen der übrigen Rechtsgenossen vereinbaren lassen. Der Kreis der anzuerkennenden Interessen ist nicht ein für allemal abgeschlossen. Es ist sehr wohl denkbar, daß es heute Interessen gibt, die man nicht als schutzwürdig anerkennen kann, die aber im Laufe der Zeiten durch die Entwickelung der Dinge anerkennenswert erscheinen. Aus demselben Grunde kann man auch nicht festlegen, welche Interessen berücksichtigt werden sollen. Das kommt immer auf den Einzelfall an. Um aber eine allzu große Unterschiedlichkeit bei der Beurteilung der einzelnen Fälle zu vermeiden, kann es nicht darauf ankommen, welche Interessen gerade ein bestimmtes Subjekt hat. Es ist im Gegenteil nur zu prüfen, was sich für alle Subjekte gewöhnlich in gleicher Weise ergeben würde.

Wir erkennen, daß im Falle der Konfusion stets das Recht fortbesteht, dessen Fortbestand noch einen Zweck hat. Das Recht aber, das seinen Zweck voll erfüllt hat, hat keine Daseinsberechtigung mehr und muß deswegen untergehen. Hieraus ergibt sich auch die Beantwortung der Frage, welches Recht untergeht, das Eigentum oder das begrenzte dingliche Recht. Da das Eigentum kraft seiner negativen Bestimmung mehr Befugnisse umfaßt, als das positiv bestimmte begrenzte dingliche Recht, so greift das Eigentum stets in irgendeiner Hinsicht über den Umfang des begrenzten dinglichen Rechts hinaus und wird infolgedessen immer noch einen Zweck zu erfüllen haben. Das begrenzte Recht greift zwar durch seine bessere Rangstellung ebenfalls über das Eigentum hinaus. Es sind aber Fälle denkbar, wo es diese Besonderheit nicht äußert, nämlich dann, wenn keine weiteren begrenzten dinglichen Rechte an der Sache bestehen. Während also das Eigentum stets bestehen bleibt, sind Fälle denkbar, in denen das begrenzte Recht infolge Erreichung seines Zwecks untergeht.

Nach den bisherigen Ausführungen müßte man den Fortbestand des begrenzten dinglichen Rechts in der Regel annehmen, da ja erst Zweckmäßigkeitsgründe das Erlöschen des Rechts herbeiführen. Würde man aber eine derartige

Regel aufstellen, so würde man mit dem wirklichen Leben in einen Widerspruch kommen. Zum mindesten würde eine derartige Regel unpraktisch sein. Denn während bei Grundstücken eine mehrfache Belastung häufig, ja fast immer vorkommt, begünstigt durch die Offenkundigkeit des Grundbuchs, findet sich bei den beweglichen Sachen eine mehrfache Belastung nur selten. Deswegen würde es untunlich sein, wenn man für Grundstücke und Mobilien einheitlich den Satz aufstellte: Im Falle der Konfusion bleibt das begrenzte Recht bestehen, es sei denn, daß ein besonderer Grund dem entgegensteht. Für beide Arten von Rechten muß eine verschiedene Regel aufgestellt werden, die dann aber selbstverständlich keine logische Regel, sondern gewissermaßen eine widerlegliche Vermutung darstellt, daß ein bestimmter Tatbestand vorliegt. Auf diese Weise ist auch die Regelung des BGB. zu verstehen, die für das Liegenschaftsrecht und für das Recht an den beweglichen Sachen verschieden ist. Für die Rechte an Grundstücken finden wir in § 889 BGB. die Bestimmung, daß das begrenzte dingliche Recht nicht untergeht, wenn der Eigentümer das Recht oder umgekehrt der Berechtigte das Eigentum erwirbt. Hinsichtlich der Rechte an beweglichen Sachen ist dagegen in § 1063 Abs. I und § 1256 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmt, daß im Falle der Vereinigung das begrenzte Recht untergeht. Diese Regeln, das sei nochmals betont, ergeben sich nicht aus logischen Gründen, sondern sind reine Rechtsregeln, die sich nur aus praktischen Erwägungen rechtfertigen[138]).

§ 12.

Pfandrecht.

Es bleibt nunmehr zu prüfen, ob sich speziell für das Pfandrecht an der beweglichen Sache besondere Schwierigkeiten für das Zusammentreffen mit dem Eigentum ergeben, die bei der Erörterung von Eigentum und begrenztem dinglichen Recht allgemein nicht in Erscheinung getreten sind.

§ 1204 BGB. bestimmt den Begriff des Mobiliarpfandrechts folgendermaßen: „Eine bewegliche Sache kann zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen (Pfandrecht)". Das Mobiliarpfandrecht ist also ein dingliches Verwertungsrecht an einer beweglichen Sache, das zur Siche-

[138]) vgl. unten, S. 48.

rung einer Forderung dient[139]). Es ist das dingliche Recht an einer Sache, gemäß dessen die Sache dem Berechtigten für Zahlung einer Geldsumme haftet[140]). Das Pfandrecht ist also ein dingliches Recht[141]). Wie wir oben gesehen haben[142]), sind die Merkmale des dinglichen Rechts Herrschaftsmacht über eine Sache und das Recht, jedermann von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Die Herrschaftsmacht des Pfandgläubigers offenbart sich dadurch, daß er das Recht hat, die Pfandsache nach Fälligkeit der Forderung nach § 1228 ff. BGB. zu verkaufen. Auch hat er für gewöhnlich Besitz an der Sache nach § 1205 BGB. und unter Umständen sogar ein Nutzungsrecht nach §§ 1213, 1214 BGB. Das Ausschließungsrecht des Pfandgläubigers ergibt sich aus § 1227 BGB., wonach der Pfandgläubiger im Falle der Beeinträchtigung des Rechts durch Dritte dieselben Ansprüche hat, die dem Eigentümer im gleichen Fall zustehen. Das Pfandrecht ist ein Verwertungsrecht, weil sich der Pfandgläubiger durch eigene Handlung, nämlich durch den Verkauf der Sache, aus der Sache befriedigt. Das ist jedenfalls in bezug auf das Pfandrecht an der beweglichen Sache nicht zu bezweifeln. Einen Leistungsanspruch gegen den Eigentümer hat der Pfandgläubiger also nicht[143])[144]). Dieser hat nur nach § 1223 Abs. II BGB. die Möglichkeit, durch Zahlung der Schuldsumme den Pfandverkauf zu verhindern.

Bedeutsam ist die Tatsache, daß das Pfandrecht zur Sicherung einer Forderung bestellt ist. Das ist sein einziger Zweck. Infolgedessen ist es ein sog. accessorisches Recht, ein Recht,

---

[139]) Wolff, § 159, I; Planck, III, S. 1146—1148; Gierke, D. P. R., Bd. II, S. 967; Wolff, § 131; Sohm, subpignus, S. 10 ff., besonders S. 12; Sohm, in Grünhuts Ztschr., Bd. 5, S. 6 ff.; Endemann, II, 1, § 112, besonders A. 17 und § 134, 1; Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 1126, 1127; Hirsch, S. 230 ff.; v. Tuhr, Bd. I, S. 35 ff.; vgl. ferner die bei Wolff, § 131, IV, zit.

[140]) Manigk, Handw. d. Rechtsw., Bd. 4 „Pfandrecht", S. 455.

[141]) a. M. Demelius, S. 19 ff.

[142]) oben, S. 12 ff.

[143]) a. M. Cosack, § 221, II, 1, in früheren Auflagen. In der neuesten Auflage von 1924 hat Mitteis diese Ansicht aufgegeben, vgl. Bd. II, 3. Buch, S. 269, 270.
Die Theorie der Realobligation ist für das Mobiliarpfandrecht durchaus abzulehnen. Fuchs, Grundbegriffe d. Sachenr., S. 91, sieht als Realobligation auch nur Hypotheken an, während er das Mobilarpfandrecht als Nutzungspfandrecht der Realobligation gegenüberstellt.

[144]) Auch die Theorie der „dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung" kann hier unbeachtet bleiben. Ihr Hauptvertreter Gierke, D. P. R., Bd. II, S. 853, sagt selbst, daß bei einem Pfandrecht an beweglichen Sachen eine dingliche Schuld nicht bestehe, D. P. R., Bd. II, S. 967.

das von einem Hauptrecht abhängig ist. Das hat zur Folge, daß das Pfandrecht ohne eine Forderung nicht begründet werden kann, mit ihr erlischt und ohne sie nicht übertragen werden kann. Die Übertragung der Forderung hat ohne besonderen Rechtsakt den Übergang des für sie bestellten Pfandrechts zur Folge, § 1250 BGB. Dieser Grundsatz der Accessorietät oder Angelehntheit[115]) ist im Liegenschaftsrecht weitgehend durch die Anerkennung der Grund- und Rentenschuld durchbrochen worden. Ohne auf den Aufbau dieser Rechte näher einzugehen, sei nur gesagt, daß sie selbständige, von einer Forderung unabhängige Belastungen des Grundstücks sind. Im Recht der beweglichen Sachen dagegen hat man an dem Grundsatz festgehalten, daß das Pfandrecht stets das Bestehen einer Forderung voraussetzt[116]). Das ergibt sich besonders aus den §§ 1204, 1250 und 1252 BGB.

Gibt es aber auch Ausnahmen von dieser Regel? Eine Ausnahme ist bereits durch das Gesetz ausdrücklich hervorgehoben worden. § 1204 Abs. II BGB. bestimmt, daß das Pfandrecht auch für eine künftige Forderung bestellt werden kann. Auch wenn man verlangt, daß diese Forderung irgendwie bestimmbar ist[117]), so kann man doch nicht leugnen, daß sie zur Zeit der Bestellung des Pfandrechts noch nicht besteht. Das Pfandrecht dagegen besteht schon, wie besonders aus § 1209 BGB. hervorgeht, wenn es auch verschiedene Wirkungen, wie zum Beispiel das Recht zur Befriedigung aus der Pfandsache, noch nicht äußern kann[118]). Somit hätten wir auch ein Mobiliarpfandrecht, das fast vollkommen von einem Hauptrecht unabhängig ist. Die Einschränkung ist deswegen erforderlich, weil eine gewisse Abhängigkeit von einer Forde-

[115]) wie Wolff, § 162, es bezeichnet.

[116]) vgl. Wolff, § 162, I; Gierke, D. P. R., Bd. II, S. 972; Dernburg, BGB., III, S. 740, 745; Planck, III, S. 1154 § 1204, 2, b, α; v. Tuhr, Bd. I, S. 229 ff; Endemann, II, 1, S. 895; R. G. K., § 1204 Note 8.

[117]) K. G. J., Bd. 44, S. 269 ff.; R. G., Bd. 78, S. 26; J. W., Bd. 11, S. 367, jedoch mit dem Bemerken, daß es genüge, wenn die Pfandbestellung für alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen d. Pfandnehmers erfolge. Die Konkretisierung der Forderung brauche also nicht sehr stark zu sein.

[118]) So Wolff, § 162, I, 3; Planck, III, S. 1155 § 1204, 2, b, α; Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 1134; Schreiber, Schuld und Haftung, Bd. I, S. 282; v. Thur, Bd. II, 2, S. 282. A. M. Gierke, D. P. R., Bd. II, S. 972 A. 11, der ein durch die Entstehung der Ford. bedingtes Pfandrecht annimmt. A. M. ferner R. G. K., § 1204 Note 10, wo nicht ein eigentliches Pfandrecht, sondern ein Rechtsgebilde angenommen wird, das sich zu einem Pfandrecht entwickeln könne und deswegen sowie aus Gründen der Verkehrssicherheit als Pfandrecht behandelt und bezeichnet werde.

rung doch noch besteht. Stellt sich nämlich heraus, daß das Entstehen der zukünftigen Forderung unmöglich geworden ist, so würde damit auch das Pfandrecht erlöschen müssen[149]). Ähnlich wie bei der Grundschuld durch die Eintragung wird bei dem forderungsentkleideten Mobiliarpfandrecht eine gewisse Offenkundigkeit der Verpfändung dadurch erreicht, daß der Pfandgläubiger Besitz an der Sache bekommt, ohne den das Pfandrecht nicht entstehen kann.

Ob noch weitere Ausnahmen von dem Grundsatz der Accessorietät möglich sind, wird weiter unten erörtert werden[150]).

Auf Grund dieser Untersuchungen können wir feststellen, daß auch in der besonderen Rechtsnatur des Mobiliarpfandrechts nichts begründet ist, was eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln der Konfusion dinglicher Rechte rechtfertigt. Das Pfandrecht muß im Falle einer Vereinigung mit dem Eigentum aus logischen Gründen nicht untergehen. Da das Pfandrecht keinen besonderen Leistungsanspruch gegen den Eigentümer begründet, kann die obligatorische Konfusionstheorie keine Anwendung finden. Dasselbe gilt für die Absorbtionstheorie, da das Pfandrecht infolge seines besseren Ranges nicht vollkommen von dem Eigentum umfaßt wird.

---

[149]) Schreiber, a. a. O., S. 282.
[150]) unten, S. 55 ff.

Zweiter Teil.

Die Bedeutung des § 1256 BGB.

§ 13.

§ 1256 Abs. I Satz 1 BGB.

Wie eingangs der Arbeit ausgeführt worden ist, findet sich der einzige Anhaltspunkt für das Mobiliarpfandrecht an eigener Sache im Bürgerlichen Gesetzbuch in § 1256. Hier sei der Wortlaut der Bestimmung wiedergegeben:

> § 1256. Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft. Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Recht eines Dritten belastet ist.
>
> Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat.

Im ersten Satz des ersten Absatzes des § 1256 BGB. ist also die Regel aufgestellt, daß im Falle des Zusammentreffens des Eigentums mit dem Pfandrecht in derselben Person dieses erlischt.

Der Wortlaut dieser Bestimmung läßt zwei Deutungen zu. Entweder ist damit eine Hervorhebung des in diesem Falle selbstverständlichen Satzes gemeint, daß bei einer Konfusion das Pfandrecht aus Gründen, die in dem Wesen von Eigentum und Pfandrecht liegen, mit logischer Notwendigkeit erlöschen muß. Oder aber es soll nur positiv bestimmt werden, daß bei der Vereinigung beider Rechte das Pfandrecht erlöschen soll. In diesem Falle bleibt also die Frage offen, ob dieses Erlöschen schon aus begrifflichen Gründen erfolgt.

Welche Bedeutung § 1256 Abs. I Satz 1 BGB. und der entsprechende für den Nießbrauch aufgestellte § 1063 Abs. I BGB. haben, geht weder aus ihrem Wortlaut noch unmittelbar aus den Begründungen zu den einzelnen Entwürfen hervor.

Welche Deutung aber die einzig mögliche ist, ergibt folgende Überlegung. Erfolgt das Erlöschen schon aus den Begriffen beider Rechte heraus, so bedarf es keiner besonderen Gesetzesbestimmung, um diesem Grundsatz Geltung zu verschaffen. Eine solche Bestimmung, die dann gewissermaßen als Lehrsatz gedacht ist, wäre also eigentlich überflüssig. Sie ließe sich nur dadurch rechtfertigen, daß man dem Rechtsunkundigen das Verständnis des Rechts erleichtern wollte. Die Aufnahme eines solchen Lehrsatzes ist aber außerordentlich gefährlich. Unsere Rechtsbegriffe treten nicht so klar zutage und sind nicht so einfach, daß man sie ohne weiteres erkennen könnte, ohne dabei der Gefahr eines Irrtums ausgesetzt zu sein. Bis heute sind sie jedenfalls noch nicht derartig erforscht, daß der Gesetzgeber sie als begriffliche Normen von unbestreitbarer Wahrheit in das Gesetz aufnehmen könnte. Man denke nur an die große Zahl von Theorien über einen Grundbegriff unseres Rechts, das Eigentum. Der Gesetzgeber würde sich also nur einseitig auf eine Meinung festlegen können. Daraus ergibt sich schon, daß Lehrsätze niemals im Gesetz enthalten sein können. Denn wenn es sich herausstellt, daß die dem Gesetz zugrunde gelegte Meinung falsch ist, so ändert daran die Tatsache nichts, daß im Gesetz etwas anderes steht. Die zwingende Kraft des Gesetzes geht nicht so weit, daß sie festsetzen könnte, etwas ist aus begrifflichen Gründen so. Das Gesetz kann immer nur festsetzen, daß sich an einen bestimmten Tatbestand bestimmte Wirkungen knüpfen sollen, nicht aber daß sich diese Wirkungen aus logischen Gründen ergeben[1]).

Daß die §§ 1063 Abs. I und 1256 Abs. I Satz 1 BGB. auch nach dem Willen der Gesetzgeber nur positive Bestimmungen sein sollen, ergibt sich aus der bei anderen Gelegenheiten zum Ausdruck gekommenen Einstellung der Kommissionen, Lehrsätze grundsätzlich nicht in das BGB. aufzunehmen. Der § 291 des Entwurfes I hatte für die Konfusion obligatorischer Rechte den Grundsatz enthalten, daß das Schuldverhältnis erlischt, wenn sich Forderung und Schuld vereinigen. Dieser Paragraph hat verschiedene Angriffe seitens der Wissenschaft erfahren[2]) und ist deswegen von der zweiten Kommission ge-

[1]) Gerland, in Grünhuts Ztschr., Bd. 25, S. 343.

[2]) Rocholl, Vorschläge zur Abänderung eines BGB. in Form eines Gegenentwurfes mit kurzer Begründung, 1890, A. zu § 291; L. Seuffert, die allg. Grundsätze des Obligationenrechts im Entw. eines BGB., S. 25; Laband, Recht der Forderungen, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 73, S. 207; vgl. auch Zusammenstellung d. gutachtl. Äußerungen z. d. Entw. d. BGB., Bd. II, S. 63.

strichen worden[3]). Als Begründung wurde angeführt, daß sich die Regel des § 291, soweit sie richtig sei, aus dem Wesen der Obligation ergebe und sich überdies unschwer aus den im Entwurf enthaltenen Ausnahmen ableiten ließe[4]).

Schwedler[5]) ist der Ansicht, daß auch die §§ 1063 Abs. I und 1256 Abs. I Satz 1 BGB. hätten gestrichen werden müssen, wenn man folgerichtig hätte sein wollen, da auch sie nur allgemein anerkannte Wirkungen der Konfusion aussprechen. Es ist schon zur Zeit des Entwurfes nicht allgemein anerkannt gewesen, daß die Konfusion dinglicher Rechte eine das begrenzte Recht vernichtende Wirkung haben m u ß. Es sei nur auf die oben[6]) besprochenen Theorien verwiesen. Schwedlers Ansicht ist aber nicht nur bestritten, sondern unrichtig, wie wir im ersten Teil der Arbeit darzulegen versucht haben. Das begrenzte Recht geht keineswegs aus begrifflichen Gründen unter. Der Untergang hängt nur davon ab, ob das Recht auch nach der Vereinigung mit dem Eigentum seinen Zweck erfüllen kann oder nicht. Allerdings wird man wohl annehmen müssen, daß die Kommissionen selbst auf dem Standpunkt der damals und auch heute noch herrschenden Ansicht gestanden und den Rechtsuntergang für begrifflich notwendig gehalten haben. Das ändert aber an dem Charakter der beiden Paragraphen als positive Bestimmung nichts. Vor allem sind wir keinesfalls an diese Ansicht gebunden.

Es hat den Anschein, als ob sich die Aufnahme der §§ 1063 Abs. I und 1256 Abs. I Satz 2 BGB. in das Gesetz vom Standpunkt der hier vertretenen Ansicht nicht rechtfertigen läßt. Das ist aber nicht der Fall. Zwar ergibt sich aus den Begriffen von Eigentum, begrenztem Recht und Konfusion gerade das Gegenteil von dem, was in den beiden Paragraphen ausgesprochen ist[7]). Wie jedoch schon oben[8]) erwähnt wurde, würde eine den logischen Ergebnissen entsprechende Regel, für das Liegenschaftsrecht und das Mobiliarrecht gleichmäßig aufgestellt, unpraktisch sein. Denn gerade im Recht der beweglichen Sachen kommt der Fall, daß ein beschränktes Recht neben dem Eigentum noch seinen Zweck erfüllen kann, nur selten vor. Wie wir unten sehen werden, ist der Haupt- wenn

[3]) Prot. I, S. 757. Das gleiche ergibt sich aus Prot. III, S. 422, wo die Streichung des § 1032 E. I begründet wird.
[4]) Siehe dazu Kretschmar, S. 222 A. 5; Schwedler, S. 73.
[5]) a. a. O., S. 96.
[6]) oben, S. 15 ff.
[7]) vgl. Hoffmann, Eigentum u. dingl. Rechte, S. 20.
[8]) oben, S. 41.

nicht einzige Fall der, daß die Sache mit mehreren dinglichen Rechten belastet ist. So erklärt sich diese scheinbar unlogische Bestimmung, die nur eine positive Regelung für einen bestimmten Tatbestand geben will[9]).

§ 1256 Abs. I Satz 2 BGB.

§ 14.

Vorgeschichte.

Eine Ausnahme von der Regel des § 1256 Abs. I Satz 1 BGB. ist in dem zweiten Satz desselben Absatzes ausgesprochen: „Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für die das Pfandrecht besteht, mit dem Recht eines Dritten belastet ist".

Eine dem § 1256 Abs. I Satz 2 BGB. entsprechende Bestimmung für den Nießbrauch fehlt im BGB. Im ersten Entwurf war sie in § 1016 Abs. I Satz 2 enthalten. Da aber in der zweiten Lesung § 1011 Abs. I des ersten Entwurfs, der die Veräußerung und Belastung des Nießbrauchs zuließ, durch die Bestimmung ersetzt wurde, daß der Nießbrauch nicht übertragbar ist[10]) — § 1059 Abs. I BGB. —, mußte der § 1016 Abs. I Satz 2 des E. I als gegenstandslos gestrichen werden[11]).

Der erste Entwurf hatte in mehreren Paragraphen den Grundsatz ausgesprochen, daß bei der Konfusion das zur Vereinigung kommende Recht dann nicht untergehe, wenn dies Recht mit dem Recht eines Dritten belastet ist.

So in

§ 1016. Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache wird dadurch aufgehoben, daß das Eigentum an derselben und der Nießbrauch in derselben Person sich vereinigen. Die Aufhebung tritt jedoch nicht ein, solange der Nießbrauch mit dem Recht eines Dritten belastet ist.

§ 1193. Das Pfandrecht wird dadurch aufgehoben, daß das Eigentum an dem Pfande und die durch das Pfand-

[9]) Ein ausdrücklicher Hinweis darauf, daß es sich hier nur um eine positive Regelung handelt, findet sich bei Kretschmar, S. 223 und Schreiber, Schuld und Haftung, S. 283.

[10]) Prot. III, S. 407 ff.

[11]) Prot. III, S. 412.

recht gesicherte Forderung in derselben Person sich vereinigen. Die Aufhebung tritt jedoch nicht ein, solange die Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist.

§ 1032. Vereinigen sich die dem Nießbrauch unterliegende Forderung und die Verbindlichkeit in derselben Person, so wirkt die Vereinigung nicht gegen den Nießbraucher.

§ 1223. Vereinigen sich die dem Pfandrecht unterliegende Forderung und die Verbindlichkeit in derselben Person, so wirkt die Vereinigung nicht gegen den Pfandgläubiger.

Der praktische Grund dieser Vorschriften ist ohne weiteres klar. Das Recht des Drittberechtigten soll durch die Konfusion nicht beeinträchtigt werden. Beachtenswert ist der Unterschied in der Wirkung, der gemacht wird, je nachdem es sich um die Vereinigung von dinglichen oder obligatorischen Rechten handelt[12]). Im ersten Fall wird bestimmt, daß das zur Vereinigung kommende Recht voll und ganz, also auch für den Pfandgläubiger-Eigentümer fortbesteht, während es im zweiten Falle nur in bezug auf den Drittberechtigten bestehen bleibt[13]).

Von diesen Bestimmungen des ersten Entwurfs ist, soweit sich ihr Inhalt auf das Recht des Dritten bezieht, nur § 1193 in das BGB. übernommen worden, und zwar als § 1256. § 1063 Abs. I Satz 1 ist aus den oben erwähnten Gründen gestrichen worden. § 1032 ist in der zweiten Lesung fortgefallen, da es schon, wie die Protokolle der zweiten Kommission ausführen, aus der dinglichen Natur des Nießbrauchs folge, daß die Vereinigung der dem Nießbrauch unterliegenden Forderung mit der entsprechenden Verbindlichkeit in derselben Person dem Recht des Nießbrauchers keinen Abbruch tue[14]). Aus denselben Erwägungen ist § 1223 gestrichen worden[15]). Nur der § 1193 ist also bestehen geblieben. Er erscheint als § 1163 in dem zweiten Entwurf, als § 1241 in der Bundesratsvorlage, als § 1239 in der Reichstagsvorlage und als § 1256 im BGB.

---

[12]) Motive, III, S. 550.
[13]) vgl. unten, S. 55.
[14]) Prot. III, S. 422. Die Motive, III, S. 550, hatten bereits diese Konsequenz angedeutet, sich aber zwecks eindeutiger Darlegung für Aufnahme der Bestimmung entschieden.
[15]) Prot. III, S. 536.

Gründe des Nichterlöschens des Pfandrechts in § 1256 Abs. I Satz 2 BGB.

§ 15.

Das Recht am Recht.

Wenn wir die Gründe erkennen wollen, die das Erlöschen des Pfandrechts verhindern, solange die Forderung, für die es besteht, mit dem Recht eines Dritten belastet ist, so müssen wir uns zunächst einmal klar machen, auf welche Weise das Recht des Dritten Forderung und Pfandrecht ergreift. Denn dieses Recht des Dritten ist es doch anscheinend, welches das Erlöschen verhindert. Zweckmäßigerweise vereinfachen wir vorerst den Tatbestand in der Weise, daß wir uns nur vorstellen, daß eine Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Dieses Recht des Dritten soll ein Pfandrecht sein, das selbstverständlich wiederum seinerseits eine dem Dritten zustehende Forderung sichern soll. Man könnte anstatt eines Pfandrechts natürlich auch einen Nießbrauch annehmen.

Wie soll man sich diese Belastung der Forderung vorstellen? Darüber gehen die Meinungen sehr auseinander[16]). Es kann bei dieser Arbeit nicht darauf ankommen, eine eingehende Darstellung des Problems des Rechts am Recht zu geben. Es seien daher nur die wesentlichen Gesichtspunkte hervorgehoben.

Manche[17]) nehmen an, das Objekt oder, besser gesagt, der Beziehungsgegenstand des Forderungspfandrechts sei das belastete Recht, also die Forderung selbst. Damit wird das Recht am Recht im wesentlichen genau so aufgefaßt, wie das Recht an der Sache. Nach dieser Ansicht wird die Forderung wie eine Sache von dem sie belastenden Recht ergriffen.

Die Gegner dieser Ansicht sehen als Beziehungsgegenstand des Forderungspfandrechts nicht die belastete Forderung selbst an, sondern den Beziehungsgegenstand dieser Forderung. Der Schuldner der dienenden Forderung tritt also in ein Haftungsverhältnis zu dem Forderungspfandgläubiger.

[16]) Zusammenstellungen der über diese Fragen erschienenen Literatur finden sich bei Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen, 1883, S. 10 bis 30; Stammler, Nießbrauch an Forderungen, 1905, S. 10 bis 26; Thal, Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, S. 32 ff.; Mansbach, Nießbrauch an Forderungen 1880, S. 5 ff.; Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 217, § 48, a A. 1; Krückmann, Arch. Ziv. Prax., Bd. 103, S. 166 ff., 302 ff.; Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung Bd. I, S. 317 ff.

[17]) Sohm, subpignus, S. 26, 27, 42 ff.; Stammler, Nießbrauch an Forderungen, S. 80 ff.; Schwedler, S. 93 ff., 144; Kretschmar, S. 186 ff., besonders S. 190.

Wie diese Beziehung entsteht und wie sie zu denken ist, wird wiederum verschieden erklärt. Einige[18]) erblicken in der Verpfändung der Forderung eine bedingte oder eventuelle Zession. Andere[19]) nehmen dagegen an, daß eine besonders geartete Succession des Forderungspfandgläubigers in das Recht des Bestellers stattfinde, indem dieser die Ausübung eines Teils des ihm gegen den Schuldner zustehenden Rechts auf den Forderungspfandgläubiger übertrage. Die Befugnisse, die ursprünglich dem Forderungsgläubiger allein zustanden, würden jetzt in bestimmter Weise zwischen ihm und dem Drittberechtigten verteilt. Dadurch erhalte dieser ein von dem Bestand des Mutterrechtes unabhängiges Recht gegen den Schuldner. Das sei nun aber nicht so zu verstehen, daß dem Schuldner eine doppelte Berechtigung gegenüber stehe, so daß er zweimal leisten müsse. Das Forderungsrecht sei nicht gespalten, da Gläubiger und Forderungspfandgläubiger in engen Beziehungen zueinander ständen und die Forderung jetzt gewissermaßen gemeinsam ausübten.

Diese Theorie der „konstitutiven Succession" verdient den Vorzug. Die Theorie vom „Recht am Recht" verkennt, daß das Recht als etwas Gedachtes etwas anderes ist als eine körperliche Sache. Die Sache ist beim Recht an der Sache Gegenstand des Rechts. Das Recht ist beim Recht am Recht die Quelle des entstehenden Rechts.

Die Unbrauchbarkeit der Theorie vom „Recht am Recht" erweist sich dadurch, daß sie das Bestehenbleiben des belasteten Rechts im Falle einer Vereinigung von Forderung und Schuld in derselben Person nicht einleuchtend zu erklären vermag. Ergreift das Recht an der Forderung nur die Forderung selbst, nicht aber Gläubiger oder Schuldner und vereinigen sich dann diese beiden, so muß die Forderung untergehen. Es fehlt ein Berechtigter für die Forderung, da der Forderungspfandgläubiger in keinem Verhältnis zu dem Schuldner stand und der Schuldner nicht zugleich sein eigener Berechtigter sein kann. Es fehlt also an der Grundlage eines jeden subjektiven Rechts, die in einem Berechtigten und Verpflichteten besteht. Damit muß aber auch logischerweise das Forderungspfandrecht erlöschen, da sein Beziehungsgegenstand untergegangen ist.

[18]) z. B. Mühlenbruch, Zession des Forderungsrechts, 1836, S. 520 ff. Diese Theorie ist heute so gut wie aufgegeben. Nur Krückmann, Arch. Ziv. Prax., Bd. 103, S. 348 ff., vertritt sie neuerdings.

[19]) v. Thur, Bd. I, S. 157 bis 159, Bd. II, 1, S. 329; Thal, S. 79 f.; Hacker, Nießbrauch an Prämienpapieren, Aktien und Urheberrechten, 1906, S. 15 ff; Crome, System, Bd. III, S. 8; Hirsch, Bd. I, S. 319 ff.

Die Zessionstheorien sind deswegen unrichtig, weil in Wirklichkeit keine Befugnisse abgetreten worden sind, denn diese Befugnisse verbleiben weiter in der Hand des Gläubigers. Sie sind nur vervielfältigt worden[20]).

Wir kommen nun zu der Frage, wie sich das für die verpfändete Forderung bestellte Pfandrecht an einer beweglichen Sache zu der Verpfändung verhält. Die Beantwortung ergibt sich aus der accessorischen Natur des Pfandrechts[21]). Das Pfandrecht ist, da es nur zur Sicherung einer Forderung dient, mit dieser eng verbunden. Es teilt für gewöhnlich ihr Schicksal in jeder Weise. Gehen nun durch die konstitutive Succession des Forderungspfandgläubigers in das Recht des Gläubigers gewisse Befugnisse auf den Forderungspfandgläubiger über, so muß das Pfandrecht dem ohne weiteres folgen. Die von Thal[22]) vertretene Ansicht, daß hier in Wirklichkeit zwei Verpfändungsakte vorliegen, einer hinsichtlich der Forderung und einer hinsichtlich des Pfandrechts, aber nur in einem Akt vereint, ist zu verwerfen. Gegen sie spricht vor allem die Tatsache, daß für das geltende Recht unter dem Einfluß des Grundsatzes der Accessorietät eine alleinige Verpfändung des Pfandrechts unmöglich ist[23]). Die pfandrechtlichen Befugnisse werden in derselben Weise wie die obligatorischen zwischen Gläubiger und Forderungspfandgläubiger verteilt. Soweit also der Forderungspfandgläubiger gegenüber dem Schuldner berechtigt ist, ist diese Berechtigung auch durch das Pfandrecht gesichert. Dadurch wird der wirtschaftliche Wert des Forderungspfandrechts wesentlich erhöht.

§ 16.

Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum.

Wir hatten uns die Aufgabe gestellt, die Gründe zu erforschen, die trotz der Vereinigung des Eigentums mit dem Pfandrecht dieses nicht erlöschen lassen, wenn die ihm zugrunde liegende Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Denken wir uns zunächst folgenden Tatbestand, der zwar im täglichen Leben nicht so häufig vorkommt, dafür aber weniger rechtliche Schwierigkeiten bietet.

---

[20]) Hirsch, S. 322, 323.
[21]) Wolff, § 121, III, für den Nießbrauch.
[22]) Thal, Vereinigung, S. 184.
[23]) Thal, S. 183 A. 3.

A hat gegen B eine Forderung. Zur Sicherung dieser Forderung verpfändet B dem A eine ihm gegen C zustehende Forderung, für die ein Pfandrecht an der beweglichen Sache des D bestellt ist. A ist also Forderungspfandgläubiger, B Gläubiger des C und Pfandgläubiger des D. C ist persönlicher Schuldner und D Eigentümer der Pfandsache. Durch die Verpfändung der Forderung hat A ein gewisses, von dem Bestand des zwischen B und C bestehenden Schuldverhältnisses unabhängiges Recht gegen C erworben, für das die Pfandsache des D ebenfalls haftet. Jetzt vereinigen sich B und D dadurch, daß B den D oder umgekehrt D den B beerbt.

Das zwischen B und C bestehende Schuldverhältnis ist unberührt geblieben. Was geschieht aber mit dem für diese Forderung bestellten Pfandrecht, da Pfandgläubiger und Eigentümer eine Person geworden sind?

Wie wir im ersten Teil der Arbeit darzulegen versucht haben, bewirkt die Tatsache der Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht als solche nicht den Untergang des Pfandrechts. Sein Fortbestand hängt davon ab, ob es noch weiterhin seinen Zweck erfüllen kann oder nicht. Den Interessen des B, seines ursprünglichen Subjekts, kann es für gewöhnlich nicht mehr dienen, wenn dieser zugleich Eigentümer der Sache geworden ist. In diesem Falle kann das Pfandrecht keine Befugnisse gewähren, die nicht schon im Eigentum enthalten sind. Hat der Eigentümer aber dennoch ein Interesse an dem Fortbestand des Pfandrechts, so fällt dieser Fall unter § 1256 Abs. II BGB. und ist deswegen bei dem § 1256 Abs. I Satz 2 BGB. nicht zu berücksichtigen[24]). Durch die Verpfändung der Forderung und damit des Pfandrechts ist aber der Zweck des letzteren erweitert worden. Es dient nunmehr nicht nur den Interessen des B, sondern gleichzeitig denen des A, dessen Ansprüche gegen C es sichern soll. Diesem Interesse kann es auch jetzt noch dienen. Die Forderung, die dem Pfandrecht zugrunde liegt, besteht noch uneingeschränkt. Es ist daher auf jeden Fall auch ein Fortbestand des Pfandrechts des Konfundens B D anzunehmen, soweit es sich auf das Recht des A bezieht. Soweit es sich aber auf das Recht des B bezieht, kann das Pfandrecht dagegen keinen besonderen Zweck mehr erfüllen und muß untergehen. Das Pfandrecht besteht also nur relativ zugunsten des Drittberechtigten fort[25]).

---

[24]) Kretschmar, S. 247 oben.

[25]) So Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 302, § 65 A. 6; S. 1043, § 205 A. 4; S. 1095, § 215 A. 9; S. 1247, § 248 A. 11 und 12; Kohler, Abhandlungen, S. 306.

Dieses Ergebnis steht mit § 1256 Abs. I Satz 2 BGB. im Widerspruch. Dieser bestimmt, daß das Pfandrecht schlechthin bestehen bleibt. Der Grund für diese Bestimmung ist der, daß man ein nur relatives Erlöschen des dinglichen Rechtes oder, wie die Motive sagen, ein relatives dingliches Recht im Gegensatz zu den obligatorischen Rechten für unzuträglich hielt[26]). Dieses Bedenken ist jedoch unberechtigt[27]). Die Relativität ist nicht so aufzufassen, daß das Recht in einigen Beziehungen erlischt, in anderen aber fortbesteht, also gewissermaßen nur halb vorhanden ist, sondern der Forderungspfandgläubiger hat ein vollgültiges Pfandrecht. Nur die Befugnisse, die außerdem dem Pfandgläubiger zustanden, sind erloschen. Die gesetzliche Regelung kann also keinen Beifall finden. Das Gesetz will ausdrücklich das ganze Pfandrecht, so wie es vorher bestanden hat, fortbestehen lassen[28]). Das ergibt sich aus der Gegenüberstellung der §§ 1016, 1193 und 1032, 1223 des ersten Entwurfs zum BGB.[29]). Deswegen ist auch Schwedler[30]) nicht zuzustimmen, der trotz dieser Bestimmung auch für das geltende Recht ein nur relatives Fortbestehen des Pfandrechts zugunsten des Drittberechtigten annimmt. Seine Begründung, daß es sich nur um eine Fiktion handele, ist nicht stichhaltig. Selbst wenn es sich in § 1256 Abs. I Satz 2 BGB. um eine Fiktion handelte, so müßte man wenigstens annehmen, daß das

[26]) Motive, III, S. 203; Planck, III, zu § 1256 A. 2. Grundsätzlich für absoluten Fortbestand sind Jhering in seinem Jahrbuch, Bd. 10, S. 450; Friedmann, S. 14; Mosler, S. 25.

[27]) Kretschmar, S. 246; Grundmann, S. 40; Wolff, § 39, IV zu A. 13.

[28]) So ausdrücklich Kretschmar, S. 228, 247; Grundmann, S. 41; Biermann, Sachenrecht, § 1256 A. 2; Planck, III, S. 1251, § 1256 Note 2; Staudinger, III, § 1256 Note 2, a; Endemann, II, 1, S. 44, § 9 zu A. 26; Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 27, 28, besonders S. 30.
Ferner sind hier zu nennen, wenn auch ihre Stellungnahme nicht ganz klar zum Ausdruck kommt: Crome, System, III, S. 259, § 388, 5, a, β; Etzold, Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache, Frankf. Diss., 1928, S. 18; Dernburg, BGB., III, § 275 Note 6, a; R. G. K., III, § 1256 Note 2; Eck, Vorträge, II, S. 207, § 22; Gierke, D. P. R., Bd. II, S. 995, § 170 zu A. 118; Buhl, Recht d. bewegl. Sachen, 1901, S. 121, 122; Abrahamsohn, rechtl. Stellung des Drittverpfänders, Freibg. Diss., 1915, S. 6; Hallbauer-Fuchs, das Deutsche Pfandrecht, 1907, S. 66, 67; Sanden, Zulässigkeit und Wirkung d. Pfändung eigener Sachen, Freibg. Diss., 1907, S. 21; Siméon, Recht und Rechtsgang, Bd. I, S. 265; Rud. Schmidt, Bürgerl. Recht, 1927, S. 418, § 167, III; Müller-Meikel, Bürgerl. Recht, 1904, S. 963, § 295, 3; Männer, Sachenrecht, 1906, S. 501; L. G., Altona, Beschl. v. 15. 6. 1904 in Dtsch. Gerichtsvollz. Ztg., 1904, Jahrg. 24, S. 191.

[29]) vgl. oben, S. 48, 49.

[30]) Schwedler, S. 155. Gegen ihn Kretschmar, S. 247 und Grundmann, S. 41. Wie Schwedler auch Wolff, § 171, I, 1; Düringer-Hachenburg, HGB., Bd. II, Vorb. zu § 368 A. 61; Wunderlich, S. 114.

Pfandrecht auch hinsichtlich des Eigentümers als bestehend angesehen werden muß. Man hätte also so zu entscheiden, als ob das Pfandrecht für den Eigentümer besteht. Es liegt aber gar keine Fiktion vor, die doch erfordert, daß das Gesetz selbst den von ihm fingierten Tatbestand als nicht den Tatsachen entsprechend erkennen läßt[31]). Hier ist positiv etwas bestimmt worden, wobei eine bestimmte Auffassung zugrunde gelegt worden ist. Daran sind wir auch dann gebunden, wenn wir erkennen, daß diese Auffassung falsch ist.

Wir müssen also feststellen: Besteht für eine Forderung, die an einen Dritten verpfändet ist, ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache, die einer von dem Schuldner verschiedenen Person gehört, und vereinigt sich dieses Pfandrecht mit dem Eigentum an der Sache, so ergibt sich folgende Rechtslage: Das Pfandrecht besteht sowohl für den Drittberechtigten wie für den Eigentümer fort, und zwar zur Sicherung der gegen den persönlichen Schuldner bestehenden Forderung. Der Fortbestand des Pfandrechts des Drittberechtigten ergibt sich aus begrifflichen Gründen, der des Pfandrechts des Eigentümers beruht auf einer positiven Gesetzesbestimmung.

§ 17.

Vereinigung von Forderung und Schuld.

Größere Schwierigkeiten bietet der im Leben häufigere Fall, daß nicht nur Pfandrecht und Eigentum, sondern auch Forderung und persönliche Schuld in derselben Person zusammentreffen. Es liegt folgender Tatbestand vor: A hat eine Forderung gegen B. Zur Sicherung dieser Forderung verpfändet B eine ihm gegen C zustehende Forderung, für die an der dem C gehörigen beweglichen Sache ein Pfandrecht besteht. Nunmehr beerbt B den C oder umgekehrt. Dadurch werden Pfandgläubiger und Eigentümer sowie Gläubiger und persönlicher Schuldner eine Person.

Betrachten wir zunächst das Schicksal der Forderung. Das Forderungsrecht des A gegen den C, das er kraft seines Pfandrechts an der Forderung erworben hat, wird durch die Vereinigung keinesfalls betroffen, da es von dem Bestand seines Mutterrechts unabhängig ist. Das Recht des B gegen den C muß dagegen untergehen, da niemand sein eigener Verpflichteter sein kann. In diesem Sinne entschieden bereits die

[31]) Für die Form der Fiktion vergleiche § 1256 Abs. II BGB.

§§ 1032 und 1223 E. I., die bei der zweiten Lesung als selbstverständlich gestrichen wurden[32]). Das Schuldverhältnis besteht also trotz der Konfusion relativ, d. h. mit dem Forderungspfandgläubiger als Berechtigten fort, während es für den Gläubiger-Schuldner, den Konfundens B C, erlischt. Zu bemerken ist, daß A genau genommen zwei Rechte gegen den B C hat: einmal sein ursprüngliches Forderungsrecht gegen B und dann das Recht gegen C, das zur Sicherung des ersteren dient.

Für das Pfandrecht an der Sache des C muß dasselbe gelten, was im vorigen Fall für das Pfandrecht an der Sache des D gesagt worden ist. Auch hier kann das Pfandrecht seinen Zweck nur in bezug auf die Person des A erfüllen. Für B hat das Pfandrecht für gewöhnlich, d. h. wenn nicht der Fall des § 1250 Abs. II BGB. vorliegt, kein Interesse mehr, da es ihm keine Befugnisse verleihen kann, die er nicht schon als Eigentümer der Sache hat. Aber noch ein anderer sehr gewichtiger Grund spricht in diesem Falle, in dem sich auch Forderung und Schuld des belasteten Rechts vereinigen, gegen den Fortbestand des Pfandrechts für den Eigentümer. Die Forderung, an die es angelehnt war, ist untergegangen; denn soweit B an der Forderung berechtigt war, sind seine Befugnisse durch die Konfusion des Schuldverhältnisses erloschen[33]). Das wird vielfach verkannt. Teils wird angenommen, daß die Forderung nicht relativ erlischt, sondern in ihrem ganzen Umfang bestehen bleibt[34]). Das ist, wie wir oben dargelegt haben[35]), unrichtig. Mosler[36]) kommt zu dieser Ansicht aus der Erwägung, daß nach § 1250 Abs. I Satz 2 BGB. das Pfandrecht absolut fortbestehe. Zur Begründung führt er an, die Konfusionswirkungen seien im Erbrecht für dingliche und obligatorische Rechte gleichmäßig und gemeinsam geordnet. Deswegen sei der § 1250 Abs. I Satz 2 BGB. eine Vorschrift, die für beide Arten von Rechten gemeinsam gelte, da ja eine entsprechende Bestimmung für das Recht der Schuldverhältnisse nicht vorhanden sei. Dieser Schluß ist schon deswegen bedenklich, weil gerade hinsichtlich der Konfusionswirkung ein großer Unterschied zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten offenbar wird[37]), und weil im übrigen zwischen beiden Arten von Rechten grundsätzlich

[32]) oben, S. 49.
[33]) Kretschmar, S. 228; vgl. auch Schwedler, S. 154.
[34]) Mosler, S. 79.
[35]) oben, S. 49, 55.
[36]) Mosler, S. 79. Zustimmend Sachs, Konfusion, S. 72.
[37]) vgl. oben, S. 30.

eine verschiedene Behandlung durchgeführt ist. Noch bedenklicher ist es aber, wenn man eine an sich schon anfechtbare positive Bestimmung auf einen Fall ausdehnt, für den die Entstehungsgeschichte des Gesetzes erkennen läßt, daß gerade die entgegengesetzte Wirkung eintreten soll[38]).

Manche nehmen aber auch an, daß das Pfandrecht des Eigentümers deswegen an eine Forderung angelehnt sei, weil die Forderung für den Drittberechtigten aufrechterhalten werde[39]). Diese dem A als Forderungspfandgläubiger zustehende Forderung kann aber nicht als die zu dem Pfandrecht des Eigentümers gehörige Forderung angesehen werden, da dieser an der Forderung nicht berechtigt ist. Andernfalls würde der Grundsatz durchbrochen werden, daß Forderung und Pfandrecht stets nur einer Person zustehen können. Es ist undenkbar, daß dem einen Subjekt die Forderung zusteht und dem anderen das Pfandrecht. In diesem Falle müßte also mit noch größerer Notwendigkeit das Pfandrecht des Eigentümers untergehen. Und doch greift auch hier die anders lautende Bestimmung des § 1256 Abs. I Satz 2 BGB. durch. Hier wird ohne Rücksicht auf die Forderung bestimmt, daß das Pfandrecht in allen seinen Beziehungen bestehen bleibt, also auch für den Eigentümer, trotzdem dessen Recht einer Forderung entbehrt[40]).

Aus der Tatsache, daß hier das Pfandrecht absolut fortbesteht, kann man also nicht schließen, daß nun auch die Forderung absolut besteht. Dadurch würde die Forderung in ein accessorisches Verhältnis zu dem Pfandrecht gebracht, eine Konstruktion, die die wahre Sachlage auf den Kopf stellt.

Zusammenfassend erkennen wir: Besteht an einer Forderung, für die ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache des Schuldners bestellt ist, ein beschränktes dingliches Recht eines Dritten und vereinigen sich sowohl Pfandrecht und Eigentum als auch Forderung und Schuld, so ergibt sich folgende Rechtslage. Das durch das Mobiliarpfandrecht gesicherte Recht des Dritten gegen den Pfandgläubiger-Eigentümer-Schuldner bleibt unberührt bestehen. Der Eigentümer behält kraft positiver Gesetzesbestimmung ein forderungsentkleidetes Eigentümerpfandrecht. Es ist also eine weitere Durchbrechung

---

[38]) Gegen Mosler auch Kretschmar, S. 247, 248.

[39]) Planck, III, S. 1251, § 1256 Note 1; Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 2; im Anschluß an ihn Staudinger, III, § 1256 Note 2, a.

[40]) Soweit überhaupt für diesen Fall ein Pfandrecht des Eigentümers angenommen wird, wird es auch allgemein dann angenommen, wenn Forderung und Schuld sich vereinigen. Vgl. R. G. K., § 1256 Note 2.

des Grundsatzes der Accessorietät des Mobiliarpfandrechts festzustellen[41]).

§ 18.

Erlöschen des Pfandrechts.

Das Pfandrecht des Forderungspfandgläubigers an der beweglichen Sache erlischt in jedem Falle mit dem Erlöschen der Forderung, zugunsten welcher die dem Mobiliarpfandrecht zugrunde liegende Forderung verpfändet war. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Accessorietät.

Das Pfandrecht des Eigentümers, sowohl das forderungsbekleidete als auch das forderungsentkleidete, schließt sich dem an. § 1256 Abs. I Satz 2 BGB. bestimmt ausdrücklich, daß das Pfandrecht bestehen bleibt, s o l a n g e die Forderung, für die es besteht, mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Daß es mit dem Fortfall der Belastung erlischt, ist allgemeine Meinung[42]).

§ 1256 Abs. II BGB.

§ 19.

Entstehungsgeschichte.

§ 1256 Abs. II BGB. bestimmt, daß bei der Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht in einer Person das Pfandrecht als nicht erloschen gilt, soweit der Eigentümer an dem Fortbestehen ein rechtliches Interesse hat. Eine gleichlautende Bestimmung besteht für den Nießbrauch an beweglichen Sachen in § 1063 Abs. II BGB.

Schon der erste Entwurf zum BGB. enthielt in § 1193 Satz 3 den Satz: „Auch wird das Erlöschen (des Pfandrechts) in soweit als nicht eingetreten angesehen, als das Fortbestehen für den Eigentümer ein rechtliches Interesse hat." § 1163 Abs. II des zweiten Entwurfs hatte bereits die Fassung, die dann als § 1241 Abs. II in die Bundesratsvorlage, als § 1239 Abs. II in die Reichtagsvorlage und als § 1256 Abs. II in das BGB. übergegangen ist.

Für den Nießbrauch enthielt § 1016 des ersten Entwurfs eine dem heutigen § 1063 Abs. II BGB. entsprechende Bestim-

[41]) A. M. jedoch Düringer-Hachenburg, HGB., Bd. II, Vorb. zu § 368 A 61, der hier Untergang des Pfandrechts annimmt. Plancks, III, § 1256 Note 3, S. 1253, Stellungnahme ist zweifelhaft. Doch scheint er auch anderer Meinung zu sein, da anscheinend ein Druckfehler vorliegt. Es muß wohl statt § 1256 Abs. I Satz 1 heißen Satz 2.

[42]) So R.G.K., § 1256 Note 2; Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 2; Planck, III, § 1256 Note 2, S. 1251; Staudinger, III, § 1256 Note 2, a.

mung nicht[43]). Auch im zweiten Entwurf § 972 wurde nichts daran geändert[44]). Erst bei der Schlußredaktion ist die Verschiedenheit zwischen dieser Vorschrift und der entsprechenden des Mobiliarpfandrechts ausgeglichen worden[45]). In § 1047 der Bundesratsvorlage und § 1046 der Reichstagsvorlage ist dann die heutige Fassung gewählt worden.

Die Kommissionen haben grundsätzlich die Anerkennung eines Mobiliarpfandrechts an eigener Sache abgelehnt. In den Motiven[46]) wird anläßlich der Feststellung, daß das Pfandrecht mit dem Erlöschen der gesicherten Forderung aufgehoben werde, ausgeführt, daß für die Anerkennung eines anomalen, der Eigentümerhypothek entsprechenden Pfandrechts ohne Forderung oder an eigener Sache ein praktisches Bedürfnis nicht vorliege. Speziell zu dem heutigen § 1256 Abs. II BGB. begründet die Kommission ihre Stellungnahme damit, daß die Möglichkeit zu berücksichtigen sei, daß bei der Vereinigung eines älteren Pfandrechts mit dem Eigentum jenes Recht wegen des Vorhandenseins anderer jüngerer den Wert der Sache erschöpfender Pfandrechte als das wertvollere Recht erscheine. In diesem Falle die Rechtsvereinigung zum materiellen Nachteile derjenigen Person ausschlagen zu lassen, in welcher ein Überfluß von Recht stattfinde, würde eine Unbilligkeit bedeuten, welcher im letzten Satz des § 1193 (dem heutigen § 1256 Abs. II BGB.) vorgebeugt werde[47]). In den Protokollen findet sich keine Äußerung zu diesem Paragraphen.

[43]) Motive, III, S. 531. Man nahm an, daß beim Nießbrauch an beweglicher Sache die Annahme eines die Konfusion überdauernden Fortbestandes des Nießbrauchs niemals, wie zuweilen in entsprechender Weise beim Faustpfandrecht, § 1193 Satz 3 E. I, im Interesse des Eigentümers liege.

[44]) Prot. III, S. 412: „Im übrigen (d. h. soweit § 1016 E. I nicht den Fall betrifft, daß der Nießbrauch mit dem Recht eines Dritten belastet ist) wurde § 1016 E. I nicht beanstandet".

[45]) Mugden, Materialien, III, S. 764 (Prot., S. 8223). Dort steht, daß, während ein Mobiliarpfandrecht durch Vereinigung nicht erlösche, wenn ein rechtliches Interesse bestehe, z. B. beim Vorhandensein nachstehender Pfandrechte, § 1047 der Bundesratsvorlage ursprünglich gleich § 972 E. II schlechthin bestimmte, daß der Nießbrauch durch die Vereinigung erlösche. Zu solcher Verschiedenheit sei kein Anlaß vorhanden. Bei der Konsolidation von Pfandrecht und Nießbrauch träfen dieselben Erwägungen zu. Habe der Eigentümer eine dem Nießbrauch eines andern unterliegende Sache gepfändet und demnächst der Nießbraucher das Eigentum erworben, so sei nicht abzusehen, weshalb der Pfandgläubiger nunmehr ein Pfandrecht an einer nießbrauchfreien Sache erwerben solle. Es sei vielmehr gerecht, daß dem Pfandgläubiger gegenüber das Verhältnis so angesehen werde, als bestände der Nießbrauch neben dem Eigentum fort.

[46]) Motive, III, S. 840.

[47]) Motive, III, S. 842.

§ 20.

§ 1256 Abs. II BGB begründet ein echtes Eigentümerpfandrecht.

Der Wortlaut des § 1256 Abs. II BGB. drängt seinem Betrachter scheinbar zwingend folgende Schlußfolgerungen auf: Vereinigen sich Eigentum und Pfandrecht an einer beweglichen Sache in einer Hand, so geht das Pfandrecht nicht nur, wie man aus § 1256 Abs. I Satz 1 BGB. schließen kann, regelmäßig unter, sondern das Erlöschen erfolgt mit einer keine Ausnahme duldenden Notwendigkeit. Denn selbst dann, wenn der Eigentümer ein rechtlich anerkanntes Interesse an dem Fortbestand hat, kann es nicht die Vereinigung überdauern, sondern muß untergehen. Da aber dies unter Umständen sehr unbillig sein würde, hat man so getan, als ob das Pfandrecht fortbestehe, während es in Wirklichkeit untergeht. Da man das Fortbestehen nur fingiert, genügt es auch, wenn man das Pfandrecht nur in den Beziehungen als fortbestehend ansieht, wegen der der Eigentümer ein rechtliches Interesse hat. Das Pfandrecht gilt insoweit als nicht erloschen, als das Interesse des Eigentümers geht. Von einem Eigentümerpfandrecht an beweglicher Sache kann deswegen schlechterdings nicht die Rede sein. In der Tat wird dieser Standpunkt von einer so großen Anzahl von Schriftstellern vertreten, daß diese Ansicht als die herrschende zu bezeichnen ist[48]).

Ihre Bestätigung soll diese Auslegung nach der Ansicht der meisten darin finden, daß sich aus den Begriffen von Pfand-

[48]) Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 3; Staudinger, III, § 1256 Note 2, b, α; Kuhlenbeck, BGB., Bem. zu § 1256; Dernburg, BGB., III, § 275 Note 6; R. G. K., III, § 1256 Note 3; Jacubezki, Bemerkungen zum Entwurf des BGB., 1892, zu § 1193; Gierke, D. P. R., Bd. II, S. 995 § 170, XIII zu A. 119 u. 120; Wunderlich, Rechtliche Stellung von Verpfänder usw., Leipziger Diss., 1906, S. 85 § 28, I, II; Buhl, Recht d. bewegl. Sachen, 1901, S. 121, 122; v. Bergen, Pfändung eigener Sachen, Göttinger Diss., 1909, S. 19; Roiger, in Ztschr. f. Rechtspflege in Bayern, 1906, 2. Jahrg., S. 477: Julius v. Gierke, Sachenrecht, in Enzyklopedie von Kohlrausch-Kaskel, 1925, S. 144; Abrahamsohn, die rechtl. Stellung des Drittschuldners usw., Freiburger Diss., 1905, S. 6; Hallbauer-Fuchs, Pfandrecht, 1907, S. 67; Stein Jonas, Z. P. O., § 804, II, 4, S. 661; Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, S. 52; Siméon, Recht und Rechtsgang, 1914, Bd. I, 2. Hälfte, S. 265; Müller-Meikel, BGB., S. 963, § 295 Note 3; Männer, Sachenrecht, 1906, S. 498, 501 A. 20; Schwedler, S. 155, 156; Seuffert, Z. P. O., Bd. II, S. 489, § 804 Note 2, c; O. L. G. Bamberg in Seuff. Arch., Bd. 58, S. 124 Nr. 66; O. L. G. München in O. L. G. - Rechtspr., Bd. 18, S. 400; A. Müller, Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts, 1907, S. 111; Rosenthal, Pfändung eigener Sache, in Ztschr. f. Rechtspfl. in Bayern, 1918, S. 13; Mosler, Konfusion, Berliner Diss., 1897, S. 80 ff.

recht und Eigentum dasselbe mit logischer Notwendigkeit ergebe[49]). Dieser Schluß muß notwendig von denen gezogen werden, die hinsichtlich der Konfusion dinglicher Rechte auf dem Boden der sog. logischen Konfusionstheorien stehen, entweder der obligatorischen[50]) oder der Absorbtionstheorie[51]). Es muß sich ferner für diejenigen ergeben, die in dem Eigentum die allumfassende Macht sehen, von dem sich das begrenzte dingliche Recht nur durch seinen Inhalt unterscheidet[52]). Ich glaube jedoch, im ersten Teil der Arbeit nachgewiesen zu haben, daß diese Auffassung unrichtig ist. Das gleichzeitige Bestehen von Eigentum und Pfandrecht an derselben Sache in der Hand derselben Person ist begrifflich nicht unmöglich[53]). Vereinigen sich beide Rechte, so ist für die Frage, ob das Pfandrecht fortbesteht oder nicht, lediglich maßgebend, ob es noch seinen Zweck erfüllen kann oder nicht. Begriffliche Bedenken gegen die Annahme eines Eigentümerpfandrechts auch für bewegliche Sachen kommen nicht in Frage. Im Gegenteil, das Pfandrecht muß fortbestehen, wenn es damit den rechtlich anerkannten Interessen seines Subjekts dienen kann, und nach dieser Regelung haben wir die Begriffe des Pfandrechts und des Eigentums zu richten[54]).

Bestimmt der § 1256 Abs. II BGB. nun zwingend, daß das Pfandrecht im Falle der Vereinigung untergeht und nur gegebenenfalls im Interesse des Eigentümers als bestehend fingiert wird? Die Beantwortung dieser Frage hängt in erster Linie davon ab, welche Bedeutung der § 1256 Abs. I Satz 1 BGB. hat. Wie ich oben[55]) klargelegt habe, bestimmt dieser Satz nur, daß im Falle der Konfusion regelmäßig das Pfandrecht untergeht, d. h. also, wenn keine besonderen Gründe dem entgegenstehen. Unzweifelhaft erkennt das Gesetz selbst Ausnahmen von diesem Grundsatz an, wie sich aus § 1256 Abs. I Satz 2 BGB. ergibt.

§ 1256 Abs. II BGB. ist allerdings seinem Wortlaut nach keine Ausnahme zu Abs. I Satz 1, wie Planck[56]) richtig

[49]) vgl. dazu auch Ritter HGB., 1910, A. zu § 398: „Pfandrecht an eigener Sache ist begrifflich ausgeschlossen. (s. aber § 1256 BGB.)."

[50]) oben, S. 29 ff.

[51]) oben, S. 29 ff.

[52]) Diese Schriftsteller vertreten meistens für die Konfusion die Absorbtionstheorie.

[53]) Für das Mobiliarrecht, Emmerich, S. 32 und Etzold, S. 18.

[54]) vgl. Manigk, „Formalismus und Freirechtslehre" in Handw. d. Rechts., Bd. 2, S. 474, 479, sowie in Irrtum und Auslegung, S. 7 ff.

[55]) oben, S. 45 ff.

[56]) Planck, III, § 1256 Note 3, S. 1252. Er erblickt deshalb in dieser Bestimmung einen in die Form der Fiktion gekleideten selbständigen Rechtssatz.

bemerkt, denn hier wird gerade angenommen, daß das Pfandrecht erlischt. Nur einzelne seiner Wirkungen werden als bestehend fingiert. Man könnte nun der Ansicht sein, daß, trotzdem man aus begrifflichen Gründen das Pfandrecht beim Vorliegen eines Interesses des Eigentümers nicht für erloschen hält, das Pfandrecht doch auf Grund des § 1256 Abs. I Satz 1 BGB. erlischt. Da Abs. II eine Ausnahme von dem Grundsatz des Abs. I Satz 1 nicht begründet, so könnte man weiter folgern, müsse es sein Bewenden dabei haben und der Fortbestand des Pfandrechts fingiert werden. Eine derartige Konstruktion wäre aber wenig sinnvoll. Das Gesetz will das Ziel erreichen, dem Eigentümer, falls er ein Interesse daran hat, die Wirkungen des Pfandrechts zu erhalten, auch wenn es ihm selbst zusteht. Da es aber Bedenken hat oder es sogar für unmöglich hält, daß ein Mobiliarpfandrecht auch an der eigenen Sache bestehen kann, wählt es den Weg der Fiktion, um trotzdem sein Ziel zu erreichen. Kommt man jedoch zu der Erkenntnis, daß diese Bedenken nicht bestehen, so steht nichts im Wege, das gesteckte Ziel auf dem einfacheren und natürlicheren Wege zu erreichen, indem man dort, wo es das Interesse des Eigentümers erheischt, das Pfandrecht auch als nicht tatsächlich erloschen ansieht. Es wäre ein übertriebener Formalismus, wollte man ein an sich fortbestehendes Recht untergehen lassen, um dann seinen Fortbestand zu fingieren. Das Gesetz kann wohl durch eine Fiktion verbindlich anordnen, daß verschiedene Tatbestände die gleichen Wirkungen haben sollen, nicht aber, daß gleiche Wirkungen verschieden (nämlich mit oder ohne Fiktion) zu bezeichnen sind[57]).

Die Frage liegt nahe, ob § 1256 Abs. II BGB. als eine Fiktion zu werten ist. In den Motiven und Protokollen ist nichts weiter darüber bemerkt, weswegen man die äußere Form der Fiktion wählte und nicht das Pfandrecht wirklich fortbestehen ließ[58]). Es ist deswegen verschiedentlich die Ansicht vertreten worden[59]), daß hier in Wahrheit keine Fiktion vorliege, sondern daß diese vorsichtige Fassung nur deswegen gewählt sei, weil man einer Entscheidung der gemeinrechtlichen Streitfrage des Mobiliarpfandrechts an der eigenen Sache aus dem Wege gehen wollte. Dem kann beigestimmt

[57]) Etzold, Zwangsvollstreckung d. Verk. usw., Frankf. Diss., 1928, S. 18.
[58]) So auch Emmerich, S. 32.
[59]) Crome, System, III, § 388, S. 259 A. 50; Endemann, II, 1, § 9, S. 44 A. 23 und § 134, S. 898 A. 19; v. Tuhr, II, 1, S. 80 A. 108, spricht von einer ängstlichen Ausdrucksweise, Hedemann, Sachenrecht S. 82, von dem verschrobenen Gewand der Fiktion.

werden. Eine derartige Auslegung entspricht auch dem schon anderweitig festgestellten Grundsatz des Gesetzes, nach Möglichkeit eine Festlegung auf logische Regeln und bestehende Streitfragen zu vermeiden. Auch scheinen sich die Kommissionen ihrer Stellungnahme selbst nicht ganz bewußt gewesen zu sein. So wurde bei der Schlußredaktion, als man die dem heutigen § 1063 Abs. II BGB. entsprechende Bestimmung einfügte, darauf hingewiesen, daß „ein Mobiliarpfandrecht durch Vereinigung nicht erlösche, wenn ein rechtliches Interesse bestehe“[60]). Wenn auch an dieser Stelle weiter unten wieder von der Fiktion gesprochen wird, so läßt die Stelle doch erkennen, daß man den Fortbestand des Pfandrechts nicht für gänzlich ausgeschlossen hielt.

Mosler[61]) will die fiktive Fassung damit erklären, daß man im Gegensatz zu der in Abs. I Satz 2 bestimmten absoluten Fortdauer des Pfandrechts nur eine relative in Abs. II anordnete. Gegen diese Auffassung spricht aber die ganze geschichtliche Entwickelung der Vorschrift, bei der der Streit im wesentlichen nur darum gegangen ist, ob man ein Pfandrecht an der eigenen beweglichen Sache anerkennen soll oder nicht. Die Bestimmung der relativen Fortdauer des Pfandrechts ist doch wohl nur eine Folge der Fiktion, nicht aber ihr Grund.

Die Ansicht, daß der Eigentümer ein echtes Pfandrecht an seiner eigenen beweglichen Sache haben kann, ist in der Wissenschaft nicht selten vertreten[62]), wenn man sie auch

[60]) oben, S. 59 A. 45.

[61]) Mosler, a. a. O.

[62]) Endemann, II, 1, S. 898 § 134, 2, c; Crome, System, III, S. 258 § 388, 5, a. β; Kretschmar, S. 228; Grundmann, S. 40; Etzold, die Zwangsvollstreckung d. Verk. in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache, Frankf. Diss., 1928, S. 18; Emmerich, S. 28 ff; Düringer-Hachenburg, HGB, Bd. II, Vorb. zu § 368 A. 61, b; Goldmann-Lilienthal, BGB, Bd. II, S. 656, 657, § 93, V, A. 11 u. 12; Wolff, § 2, IV, 3, b, § 160, V, § 171, I, 1. b; ders. in Ehrenbergs Handbuch, Bd. 4, Abtlg. 1, 2. Hälfte, S. 68, § 13, I, 1. b; Cosack, BGB., II, 1, § 103, I, 1, b, 1; Staub, HGB., III, § 368 A. 39, Bd. IV, § 398 A 1; Haas, Pfändung eigener Sache, in Badische Rechtspr., 1911, (Annalen, Bd. 77) 13. Jahrg., S. 72; v. Tuhr, II, 1, S. 80 A. 108, § 45; Rud. Schmidt, Bürgerl. Recht, 1927, S. 418 § 167, III; Immerwahr, in D. J. Z., 1905, S. 597; L. G., Altona, Beschl. v. 15. 6. 1904, in Dtsch. Gerichtsvollz. Ztg., 1904, Jahrg. 24, S. 191; Kulenbeck, v. d. Pandekten z. BGB., S. 672; Sachs, Konfusion, S. 69 zu A. 5, S. 71; Thal, S. 128; Matthias-Lehrb., 6. Aufl., S. 554 § 215, II, B; Manigk, „Pfandrecht“, in H. d. W., Bd. 4, S. 466; ders., „Interesse“, in H. d. W., Bd. 3, S. 303; Jung, Bürgerl. Recht, S. 990.

Die Möglichkeit eines Mobiliarpfandrechts an eigener Sache wird ferner bei anderer Gelegenheit vertreten von Eck, Vorträge, Bd. II, S. 330 § 40, 2 (gegen ihn Leonhard, ebendort A. 3); Kaufmann, Zwangsvoll-

(Fortsetzung Seite 64)

nicht als die herrschende bezeichnen kann. Wenn manche[63]) annehmen, daß man nur von einem Ansatz zu einem Eigentümerpfandrecht im Mobiliarpfandrecht reden könne, so kann dem auf Grund der bisherigen Überlegungen nicht zugestimmt werden.

§ 21.

Das Interesse des Eigentümers.

Der Fortbestand des Pfandrechts wird in Abs. II davon abhängig gemacht, daß der Eigentümer ein rechtliches Interesse daran hat[64]). Das deckt sich mit der hier vertretenen Ansicht, daß im Falle der Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum das Pfandrecht dann fortbesteht, wenn es noch seinen Zweck, den Interessen seines Subjekts zu dienen, erfüllen kann. Es genügt dabei nicht jedes nur irgendwie mögliche Interesse, sondern es muß sich um ein „rechtliches" Interesse handeln. Nach Manigk[65]) ist unter dem rechtlichen Interesse der rechtlich gewährleistete Anteil zu verstehen, den jemand an einem Gegenstand, der Herstellung eines Zustandes oder an dem Haben eines Wertes nimmt. Es muß sich also um ein Interesse handeln, das die Rechtsordnung unter Berücksichtigung der Belange der anderen Rechts-

streckung und Eigentumsvorbehalt, in Gruchots Beitr., 1909, Bd. 53, S. 349; Mallmann, § 1244 BGB., Erlanger Diss., 1901, S. 19 A. 2; Lazarus. Recht der Abzahlungsgeschäfte, 1898. S. 125 A. 1. Auch Planck, III, § 1256 Note 3, kann man wohl zu den Zustimmenden rechnen, da er ausführt, daß „die Auffassung zutreffender sein dürfte, daß auch nach Abs. II, solange die Sache mit einem nachstehenden Recht belastet ist, das Pfandrecht trotz der Vereinigung mit dem Eigentum nicht erlischt". Es ist unerfindlich, weswegen er trotzdem nur ein der Hypothek des Eigentümers ähnliches Recht annimmt, nicht aber „geradezu ein Eigentümerpfandrecht an beweglicher Sache". Vgl. dazu Emmerich, S. 31 A. 96. Unklar bleiben Then, Pfändung eigener Sachen, in Ztschr. f. Rechtspflege in Bayern, 1908, S. 384 und Sanden, Zulässigkeit und Wirkung der Pfändung eigener beweglicher Sachen, Heidelberger Diss., 1907, S. 22, die einmal den Charakter des § 1256 Abs. II BGB. als Fiktion hervorheben und dann doch von einem Fortbestehen des Pfandrechts sprechen und daraus für andere, außerhalb des § 1256 BGB. liegende Fälle Schlüsse ziehen.

[63]) So Eck-Leonhard, Vorträge, Bd. II, S. 207, § 22 A. 1; Flechtheim, Eigentumsvorbehalt und Zwangsvollstreckung, in Arch. f. Zivil- und Strafrecht der Rheinprovinz, 1908, Bd. 4, S 283ff. Gegen letzteren Kaufmann, Zwangsvollstreckung und Eigentumsvorbehalt, in Gruchots Beiträge, 1909, Bd. 53, S. 349.

[64]) Das ist allgemeine Meinung.

[65]) Manigk, „Interesse" in Handw. d. Rechtsw., Bd. 3, S. 298.

genossen als berechtigt anerkennt. Wann ist nun ein solches rechtliches Interesse denkbar? An einem ihm selbst zustehenden Pfandrecht kann der Eigentümer nur dann ein Interesse haben, wenn es ihm Befugnisse verleiht, die er nicht schon in seiner Eigenschaft als Eigentümer hat. Der andere Fall wäre sinnlos. Besondere Eigenschaften kann das Pfandrecht neben dem Eigentum aber nur kraft seiner besseren Rangstellung äußern. Wir haben oben gesehen[66]), daß beide Rechte sich durch ihre Art der Bestimmung sowie durch ihren Rang unterscheiden. Durch die Art der Bestimmung erwachsen dem Pfandgläubiger keine Befugnisse, die nicht auch der Eigentümer hat. Wohl aber geschieht das durch den Rang, da der Pfandgläubiger ihm nachstehende Gläubiger abwehren kann. Infolgedessen kann ein Interesse nur in bezug auf andere an derselben Sache bestehende Rechte vorhanden sein, da der Rang sich nur hinsichtlich dieser äußert.

Es bedarf keiner Ausführung, daß ein derartiges Interesse stets dann vorhanden ist, wenn außer dem zur Vereinigung kommenden Recht nachstehende oder gleichstehende Rechte vorhanden sind. Diese würden in die Stellung des Pfandrechts einrücken, wenn dieses erlischt, ohne daß sie einen eigentlichen Anspruch darauf hätten. Das Mehr an Recht, das der Eigentümer durch die Vereinigung erhalten sollte, würde zu seinem Nachteil ausschlagen, wenn das unter Umständen wirtschaftlich wertvollere Recht untergeht[67]).

Bestehen dagegen an der Sache nur dem konfundierenden Recht vorgehende Rechte, so ist ein Interesse des Eigentümers nicht gegeben[68]). Zwar hat der nachstehende Pfandgläubiger auch ein Recht gegen den rangbesseren, das jus offerendi nach § 1249 BGB. Aber der Eigentümer hat dasselbe Recht, so daß das Pfandrecht keine besonderen Wirkungen äußern kann.

Der Eigentümer kann auch ein Interesse daran haben, das Pfandrecht mit Rücksicht auf künftig an der Sache entstehende Rechte zu erhalten. Das würde dann z. B. der Fall sein, wenn ein Dritter ein Pfändungspfandrecht an der Sache begründen wollte. Besteht ein Eigentümerpfandrecht, so würde das Pfändungspfandrecht diesem nachgehen und der Eigentümer hätte den dem Pfandrecht entsprechenden Wertteil an der Sache gerettet. In einem derartig weiten Umfang kann man aber ein

[66]) oben, S. 28.
[67]) Unbestritten, vgl. Motive, III, S. 842; Planck, III, § 1256 Note 3; Emmerich S. 33; Staudinger, § 1256, 2, b, α.
[68]) R. G. K. zu § 1063.

Interesse, das außerdem nur ein eventuelles ist, nicht anerkennen. Zur Zeit der Vereinigung kann das Pfandrecht keine Befugnisse gewähren, die nicht schon im Eigentum enthalten sind. Es muß daher untergehen. Vor allem widerspricht eine solche Auslegung dem Sinn des Gesetzes. Durch sie würde § 1250 Abs. I Satz 1 BGB. praktisch aufgehoben werden, denn ein Interesse, künftige Pfändungen abzuwehren, besteht immer. Ein Erlöschen käme also niemals in Frage.

Ein auf anderer Grundlage beruhendes Interesse ist dagegen undenkbar[69]). Diejenigen, die diese Möglichkeit offen lassen[70]), sind also ungenau.

§ 22.

Relatives oder absolutes Pfandrecht.

Der Wortlaut des Abs. II besagt, daß das Pfandrecht nur fingiert wird, s o w e i t der Eigentümer daran ein Interesse hat. Wörtlich genommen bedeutet das, daß das Pfandrecht nur in den Beziehungen als bestehend fingiert wird, in denen das Interesse vorhanden ist, während es im übrigen vollkommen erlischt. Dagegen ist nichts zu sagen, wenn man das Pfandrecht nur fingiert. Wer aber ein tatsächliches Fortbestehen des Pfandrechts annimmt, muß auch die Folgerung daraus ziehen und ein in allen Beziehungen bestehendes Recht annehmen[71]). Das ist kein Widerspruch zu unserem bei § 1256 Abs. I Satz 2 BGB. eingenommenen Standpunkt, wo wir die Möglichkeit eines relativen Fortbestandes des Pfandrechts anerkannten. Denn die „Relativität" besagt in beiden Fällen nicht das gleiche. In Abs. I Satz 2 ist das Recht für den Eigentümer untergegangen, während es für den Drittberechtigten

[69]) Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 3; Planck, III, § 1256 Note 3; Staudinger, § 1256 Note 2, b, α; Endemann, II, 1, § 134, S. 898 A. 18; Emmerich, S. 28 A. 89; Goldmann-Lilienthal, II, S. 656, 657, § 93, IV, A. 11 und 12; R. G. K., § 1256 Note 4; R. G., Warn., 1914, Nr. 98; Abrahmsohn, rechtl. Stellung des Drittverpfänders, Freibg. Diss., 1905, S. 6.

[70]) Düringer-Hachenburg, Bd. II, § 368, Vorb. A. 61, b; Sanden. Zulässigkeit und Wirkung der Pfändung eigener bewegl. Sachen. Heidelbg. Diss., 1907, S. 21; Müller-Meikel, Bürgl. Recht, 1904, S. 963, § 295 Note 3; Schwedler, S. 156; Manigk, „Interesse" in Handw. d. Rechtsw., Bd. 3, S. 303.

[71]) A. M. Planck, III, § 1256 Note 3; Endemann, II, 1, S. 44, § 9 zu A. 22 bis 25; Crome, System, Bd. III, S. 258, § 388, 5, a, α; Düringer-Hachenburg, HGB., Bd. II, Vorb. zu § 368 A. 60, 61; Sachs, Konfusion, S. 69 zu A. 6, S. 71; Thal, S. 128.

als vollgültiges Pfandrecht fortbesteht. In Abs. II dagegen bedeutet „relativ", daß nur noch einige Beziehungen für den Berechtigten vorhanden sind. Das Recht besteht also nur noch zum Teil. Das ist undenkbar. Das dingliche Recht ist eine Einheit und kann nur ganz fortbestehen oder ganz untergehen[72]). Das schließt aber nicht aus, daß es einige Wirkungen während der Vereinigung nicht äußern kann, daß es also teilweise ruht[73]). Plancks[74]) Gegenbegründung, daß das Gesetz doch mindestens ein teilweises Erlöschen als möglich hingestellt hat, schlägt nicht durch, da im Gesetz nur von einer Fiktion und nicht von einem vollgültigen Recht die Rede ist. Für eine Fiktion kann man aber alles bestimmen.

§ 23.

Einzelfälle.

Vereinigen sich Pfandrecht und Eigentum, ohne daß sich auch gleichzeitig Forderung und Schuld vereinigen, so entstehen für die Entscheidung der Frage, wie sich das Pfandrecht verhält, wenn noch weitere Rechte an der Sache vorhanden sind, keine Schwierigkeiten. Der Tatbestand ist der, daß A gegen B eine Forderung hat, für die eine bewegliche Sache des C als Pfand haftet. An der Sache bestehen außerdem, dem Recht des A nachgehend, noch dingliche Rechte des D und des E. Nun vereinigen sich die Befugnisse des A und des C dadurch, daß entweder A den C oder umgekehrt C den A beerbt, oder daß C den A befriedigt, wodurch nach § 1249 BGB. in Verbindung mit § 268 Abs. III BGB. die Forderung und damit das Pfandrecht auf ihn übergeht. Daß in diesem Falle das Pfandrecht in Verbindung mit der Forderung bestehen oder, nach der anderen Ansicht, doch wenigstens als fingiertes Recht erhalten bleibt, ist unbestritten.

Um so streitiger ist der zweite Fall, in dem sich nicht nur Pfandrecht und Eigentum, sondern auch Forderung und Schuld in derselben Person vereinigt haben. Das geschieht dann, wenn der Schuldner für seine Schuld seine eigene Sache verpfändet. Durch die Konfusion erlischt auf jeden Fall die Forderung, denn niemand kann sein eigener Schuldner sein. Dadurch wird das Schicksal des Pfandrechts selbst

[72]) Gerland, S. 346; Grundmann, S. 40; Emmerich, S. 31; im Ergebnis auch Wolff, § 160, V und v. Thur, II, 1, S. 80 A. 108.
[73]) Vgl. über den Begriff des Ruhens, oben, S. 31, 32.
[74]) Planck, III, § 1256 Note 3, S. 1252.

zweifelhaft, denn als accessorisches Recht geht es regelmäßig, besonders im Mobiliarrecht, mit der Forderung unter. Diese Folgerung wird auch von der herrschenden Meinung, und zwar ohne Einschränkung für bestimmte Fälle, gezogen[75]).

Diejenigen, die in dem Fall, in dem die Forderung nicht von der Konfusion betroffen wird, den Fortbestand des Pfandrechts nur fingieren, widersprechen sich, wenn sie annehmen, daß wegen der Accessorietät des Pfandrechts dieses nicht als fortbestehend fingiert werden könne, wenn die Forderung untergegangen sei[76]). Da das Pfandrecht auf jeden Fall schon durch die Vereinigung der dinglichen Rechte erlischt, kann man nicht gut sagen, daß es erlöschen müsse, wenn die Forderung untergeht. Für ein fingiertes Pfandrecht muß es gleichgültig sein, ob ihm eine Forderung zugrunde liegt oder nicht, da es nicht mehr besteht. Der Grund für die Verneinung auch des fingierten Rechts kann auch nur der sein, daß an einem forderungsentkleideten Pfandrecht der Eigentümer kein rechtliches Interesse haben kann. Daß diese Schriftsteller trotzdem von der Notwendigkeit des Rechtsuntergangs reden, da die Forderung erloschen sei, zeigt, daß sie unbewußt das „fingierte" Recht doch als bestehend setzen.

Aber auch für diejenigen, die ein echtes Pfandrecht an eigener beweglicher Sache für möglich halten, läßt sich die Frage nicht einfach damit abtun, daß man sagt, ein Pfandrecht ohne Forderung gebe es nicht, deswegen müsse also im Falle der Vereinigung von Forderung und Schuld das Pfandrecht untergehen[77]). In zwei Fällen — beim Pfandrecht für eine künftige Forderung und im Falle des § 1256 Abs. I Satz 2 BGB. — hat das Gesetz selbst ein forderungsentkleidetes Pfandrecht geschaffen. Es ist daher durchaus denkbar, daß das Gesetz auch in dem Fall, der hier zur Beurteilung steht, eine Pfandrecht ohne zugrunde liegende Forderung zuläßt.

Die Frage, ob die Fortdauer des Pfandrechts auch dann anzunehmen ist, wenn die Forderung durch Vereinigung von

[75]) Das nehmen von den Vertretern eines echten Eigentümerpfandrechts an eigener beweglicher Sache an: Planck, III. § 1256 Note 3, S. 1253; Crome, System, III, S. 258, § 388, 5, a, δ, A. 41; Düringer-Hachenburg, HGB. II, S. 686, Vorb. zu § 368 A. 61, b; Goldmann-Lilienthal, BGB., Bd. II, S. 656, 657, § 93, V A. 11 und 12; Wolff, § 171 Note 2; Cosack, BGB., II, 1, § 103, I. 1, d, 2.

[76]) So argumentieren Staudinger, II. § 1256 Note 2, b, δ; Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 3, b; R. G. K., III, § 1256 Note 3; Gierke, D. P. R., Bd. II, S. 995, § 170, XIII, A. 119; Männer, Sachenrecht, 1906, S. 498; Wunderlich, S. 114; Mosler, Konfusion, Berl. Diss., 1897, S. 81.

[77]) vgl. die Zitate Anm. 75.

Gläubiger und Schuldner erloschen ist, hängt davon ab, ob der Eigentümer ein rechtliches Interesse an der Fortdauer des Pfandrechts hat. Ein Interesse des Eigentümers wird beim Vorhandensein nachstehender Gläubiger stets bestehen, denn durch das Eigentümerpfandrecht wird das Aufrücken der nachstehenden dinglichen Rechte verhindert und so dem Eigentümer der Wert seiner Sache gesichert, die sonst den nachstehenden Gläubigern zufallen würde. Ob dieses Interesse als rechtliches anzusehen ist, soll an Hand einiger einzelner Fälle, in denen jeweils das Vorhandensein nachstehender Rechte angenommen wird, geprüft werden.

1. Der Gläubiger beerbt den Eigentümer der Pfandsache, der zugleich persönlicher Schuldner ist. Infolge der Konfusion geht die Forderung unter. Würde man nun auch das Pfandrecht als untergegangen ansehen, so würde der erbende Gläubiger durch den Erbfall keine Vorteile, sondern nur Nachteile erlangt haben. Sein Vermögen würde sich um den Wert der Forderung, die er an den Erblasser hatte, vermindern. Zum Ausgleich dafür erscheint es angemessen, ihm wenigstens das Pfandrecht zu erhalten und somit sein Interesse an dem Fortbestand des Pfandrechts als ein rechtliches Interesse anzuerkennen.

2. Das gleiche gilt, wenn ein Gesamtschuldner für seine Schuld ein Pfand bestellt und dann von dem Gläubiger beerbt wird. Hier geht die Forderung gemäß § 425 Abs. 2 BGB. unter, ohne daß der Gläubiger tatsächlich befriedigt wird. Ginge auch das Pfandrecht unter, so hätte der Gläubiger, wenn mehrfache Belastungen vorhanden sind, nur Nachteile, trotzdem er ein Mehr am Recht erhalten sollte[78]).

3. Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, beerbt den Gläubiger. Dadurch wird der Erbe von seiner Schuld befreit. Kretschmar und Grundmann[79]) verneinen in diesem Fall das rechtliche Interesse des Eigentümers an dem Fortbestand des Pfandrechts. Für diese Ansicht spricht, daß der Erbe hier, im Gegensatz zu den beiden eben behandelten Fällen, durch den Erbfall dadurch bereichert worden ist, daß seine Schuld erloschen ist. Um den Betrag dieser Schuld hat sich sein Vermögensstand verbessert. Der in dem Pfandrecht verkörperte Wertanteil an der Pfandsache kommt, wenn das Pfandrecht erlischt, dem erbenden Eigentümer dagegen nicht zugute, da dann die nachstehenden Gläubiger diesen Wertteil durch ihr Nachrücken ausfüllen. Man könnte mit

[78]) Kretschmar, S. 228, Anm. 19; Grundmann, S. 42.
[79]) Kretschmar, S. 228; Grundmann, S. 42.

einem gewissen Recht sagen, daß diese Wirkung nicht unbillig sei, weil das Pfandrecht keinen selbständigen Wertgegenstand darstelle, sondern nur zur Sicherung der Forderung diene. Trotzdem wird man auch in diesem Fall das Interesse des Eigentümers an dem Fortbestand des Pfandrechts als rechtliches anerkennen können. Gerade hier, wo der Eigentümer-Schuldner durch den Erbfall in die Rechtsstellung des Gläubigers eintreten sollte, ist es billig, wenn dem Erben der Wertanteil an seiner Sache, der vor dem Erbfall dem Erblasser zustand, auch tatsächlich erhalten bleibt. Die nachstehenden Gläubiger werden dadurch in ihrem Recht nicht beeinträchtigt. Sie haben ihr Pfandrecht mit der schlechteren Rangstellung erworben. Es besteht keine Veranlassung, ihre Rechtsstellung durch das zufällige Ereignis des Erbfalls zu verbessern.

4. In einem gewissen Zusammenhang mit den unter 1—3 erwähnten Beispielen steht der Fall, in dem der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt. Dadurch erlischt die Forderung. Ein Fortbestand des Pfandrechts ist jedoch nicht zulässig. Selbst wenn man annimmt, daß theoretisch ein Eigentümerpfandrecht auch ohne zugrunde liegende Forderung bestehen kann, da für seinen Bestand nur die Frage der Zweckerfüllung maßgebend ist, muß hier das Pfandrecht auf Grund der positiven Vorschrift des § 1252 BGB. erlöschen. Eine Ausnahme von dieser Vorschrift hat das Gesetz im Gegensatz zu dem § 1256 Abs. II nicht aufgestellt.

Grundmann[80]) erörtert noch folgenden Fall. A und B haben eine gemeinschaftliche Forderung von 20 RM gegen C, wofür eine dem C gehörige Sache im Wert von 10 RM verpfändet ist. Nun beerbt A den C. Damit erlischt seine Forderung gegen C, die 10 RM betrug, ohne daß er befriedigt wäre. Wenn auch sein Pfandrecht untergegangen wäre, so könnte B allein den Pfandverkauf betreiben, den aus ihm erlösten Preis von 10 RM einstecken und A ginge leer aus.

Grundmann will auch hier ein Eigentümerpfandrecht annehmen, m. E. aber zu Unrecht. Es handelt sich hier offenbar um ein Gesamtgläubigerverhältnis gemäß § 428 BGB. Vereinigen sich ein Gesamtgläubiger und der Schuldner, so geht nach § 420 Abs. II BGB. auch das Recht der übrigen Gläubiger unter. B könnte also keinerlei Rechte mehr geltend machen.

Zusammenfassend kann man also sagen, daß ein rechtliches Interesse des Eigentümers an der Aufrechterhaltung

[80]) Grundmann, S. 43 Fall 3.

des Pfandrechts bei einer Vereinigung von Forderung und Schuld stets dann anzuerkennen ist, wenn nachstehende dingliche Rechte an der Pfandsache bestehen. In diesem Sinne ist auch Manigk[81]) zu verstehen. Der Satz a. a. O. „Ein solches Interesse wird dagegen immer fehlen, wo der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist", erhält seinen beschränkenden Sinn durch den vorangehenden Satz, in dem das Interesse bejaht wird, falls ein zweites Pfandrecht besteht. Auch nach Manigk liegt also, wenn dieser Fall mit jenem Fall zusammentrifft, regelmäßig ein rechtliches Interesse vor. Das Pfandrecht bleibt bestehen.

Es fragt sich nun, ob man um dieses Interesses willen ein Eigentümerpfandrecht ohne Forderung anerkennen soll[82]). Derartige Ausnahmen soll man nur dann schaffen, wenn kein anderer Weg möglich ist, um zu einem billigen Ergebnis zu kommen. Hier zeigt das Gesetz den Weg selbst. Es genügt durchaus, wenn man in diesem Fall, in dem das Pfandrecht auf Grund des § 1252 BGB. erlöschen muß, seinen Fortbestand fingiert, soweit es das Interesse des Eigentümers erfordert. Man kann sich also vollkommen an den Wortlaut des Gesetzes halten, aus dem keinesfalls hervorgeht, daß dieser Fall nicht mit umfaßt werden soll.

§ 24.

Die Wirkungen des Eigentümerpfandrechts.

Nunmehr ist die Beantwortung der Frage, welche Wirkung das Eigentümerpfandrecht an beweglicher Sache hervorruft, auf Grund der hier vertretenen Ansicht, daß es sich um ein echtes Pfandrecht handelt, möglich. Als echtes Pfandrecht muß es regelmäßig auch alle Wirkungen äußern, die ein Pfandrecht äußern kann. Der Klarheit wegen sollen aber die einzelnen Fälle erörtert werden, vor allem auch, um die Stellungnahme derjenigen zu berichten, die nur ein fingiertes Pfandrecht annehmen.

1. Die Besitz- und Besitzrechtsverhältnisse sind dieselben wie bei einem gewöhnlichen Pfandrecht[83]). Wird der Eigentümer-Gläubiger in seinem Recht durch Dritte beeinträchtigt, so kann er sich dagegen auch mittels des § 1227 BGB.

[81]) Manigk, „Interesse" in Handw. d. Rechtsw., Bd. 3, S. 303.
[82]) So Endemann, II, 1, S. 898 § 134, 2, c.
[83]) Emmerich, § 45, S. 228; Kretschmar, Sachenrecht, 1906, § 1256 Note 4.

wehren[84]). Hierdurch kann unter Umständen eine Vereinfachung der Beweisführung eintreten.

Vor allem ist der Eigentümer-Gläubiger gemäß § 1232 Satz 1 BGB. nicht verpflichtet, nachstehenden Gläubigern das Pfand zum Zwecke des Pfandverkaufs herauszugeben[85]).

Wenn der Eigentümer-Gläubiger auf Grund seines besseren Besitzrechts von einem nachstehenden Berechtigten die Herausgabe der Sache erlangt[86]), so geht dessen Recht nicht nach § 1253 BGB. unter, da der Eigentümer nur in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger besitzt[87]).

Wird die Sache von einem nachstehenden Gläubiger nicht freiwillig herausgegeben, so kann der Eigentümer-Gläubiger klagen und später vollstrecken[88]).

2. Betreibt ein nachstehender Pfandgläubiger den Pfandverkauf, so hat der Eigentümer-Gläubiger einen Anspruch darauf, bei der Verteilung des Erlöses vorzugsweise befriedigt zu werden. Den Anspruch kann er gemäß § 805 Abs. I ZPO. im Wege der Klage durchsetzen[89]).

3. Der Eigentümer-Gläubiger kann auch die ihm zustehende Forderung mit dem für sie bestehenden Pfandrecht abtreten. Das ist vom Standpunkt der hier vertretenen Ansicht ganz unzweifelhaft[90]). Vom Standpunkt der Fiktionstheorie dagegen muß folgerichtig diese Möglichkeit geleugnet werden[91]), da nach dieser Ansicht das Pfandrecht nur im Interesse des Eigentümers als bestehend fingiert wird. Deswegen muß auch das fingierte Recht erlöschen, wenn es ein Dritter erwirbt, da

---

[84]) Kretschmar, S. 247 zu A. 11; Grundmann, S. 44; Emmerich, § 45, S. 229.

[85]) Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 3; Planck, III, § 1256 Note 3; Staudinger III. § 1256 Note 2, b, β; Endemann, II, 1, S. 898, § 134 A. 18; Crome, System, III, § 388, 5, S. 258 A. 42; Grundmann, S 44; Emmerich, § 45. S. 229; Düringer-Hachenburg, HGB., Bd II, S. 667, Vorb. zu § 368 A. 61, b; Wolff, § 160, V, S. 607; Dernburg, BGB., III, § 275 Note 6, b; Sanden, S. 22; Müller-Meikel, § 295 Note 3, S. 963.

[86]) Dafür, daß Eigentümer dieses Recht hat: Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 3; Planck, III, § 1256 Note 3; Gerland, S. 347; Dernburg, BGB., III, § 275 Note 6, b; Cosack, BGB., II, § 103, I, 1, d, α, 1.

[87]) Emmerich, § 45, S. 229 und § 70, S. 485, 486.

[88]) Emmerich, § 45, S. 229 A. 473.

[89]) Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 3; Planck, III, § 1256 Note 3; Staudinger, III, § 1256 Note 2, b, β; Crome, System, III, § 388, S. 258 A. 42; Emmerich, § 70, S 485; Düringer-Hachenburg HGB., II, S. 667, Vorb. zu § 368 A. 61, b; Hallbauer-Fuchs, Pfandrecht, S. 67, 2; Sanden, S. 22; Müller-Meikel, § 295, S. 963 Note 3.

[90]) Planck, III, § 1256 Note 3; Grundmann, S. 44; v. Tuhr, II, 1, S. 80 A. 108; a. M. Crome, System, III. S. 258, § 388 Note 42.

[91]) So Mosler, Konfusion, S. 81. Diese Konsequenz wird jedoch gewöhnlich nicht gezogen: Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 3; Staudinger, III, § 1256 Note 2, b, β; R. G. K. § 1256 Note 4.

dessen Interesse nicht geschützt wird. In dessen Person kann es nicht wieder zu einem vollgültigen Recht werden, denn ein einmal erloschenes Recht kann nicht plötzlich wieder aufleben. Die Unbilligkeit dieses Ergebnisses zeigt die Unbrauchbarkeit der Fiktionstheorie.

War die Forderung durch die Vereinigung mit der persönlichen Schuld untergegangen, so kann das Pfandrecht allein nach § 1255 BGB. nicht abgetreten werden.

Auch eine Verbindung des forderungsentkleideten Pfandrechts mit einer neuen Forderung muß auf Grund der gleichen Bestimmung für unmöglich gehalten werden[92]).

In diesen beiden letzten Fällen ergibt sich also für das forderungsentkleidete Pfandrecht eine Besonderheit. Das gilt auch für das fingierte Eigentümerpfandrecht, sowohl für das des § 1256 Abs. I Satz 2 BGB. als auch für das fingierte des § 1256 Abs. II BGB. Für letzteres ist es eigentlich nach dem Gesagten selbstverständlich.

4. Sehr streitig ist die Frage, ob der Eigentümer-Gläubiger auch den Pfandverkauf betreiben kann. Man wird ihm auch dieses Recht zubilligen müssen, da er ein vollgültiges Pfandrecht hat[93]).

Dagegen wird eingewandt, daß man § 1197 Abs. I BGB. analog anwenden müsse, der bei der Eigentümerhypothek dem Eigentümer die Berechtigung, zum Zwecke seiner Befriedigung die Zwangsvollstreckung zu betreiben, abspricht[94]). Ein Analogieschluß zwischen Liegenschaftsrecht und Recht der beweglichen Sachen ist aber wegen der Verschiedenheit beider unzulässig[95]). Durch den Pfandverkauf kann der Eigentümer-Gläubiger sehr wohl aus seiner eigenen Sache befriedigt werden, da ihm infolge der weiteren Belastungen der Wert seiner Sache ganz oder teilweise entzogen ist[96]). Worin die Unbilligkeit liegen soll, wenn der Eigentümer-Gläubiger die

---

[92]) Grundmann, S. 44.

[93]) Gerland, S. 347; Grundmann, S. 45; Emmerich, S. 448 § 70; Wolff, § 160, V; Cosack, BGB., II, § 103, I, 1, d, α, 1; Sanden, Zulässigkeit u. Wirkung usw., Heidelberger Diss., 1907, S. 22; A. M. Düringer-Hachenburg, HGB., II, S. 667, Vorb. zu § 368 A. 61, b; Goldmann-Lilienthal, BGB., II, S. 656, § 93, V A. 11 und 12; Schreiber, Schuld und Haftung, S. 283 ff.

Gegen Pfandverkauf sprechen sich von den Vertretern der Fiktionstheorie ohne besondere Begründung aus: R. G K., § 1256 Note 3; v. Bergen, Pfändung eigener Sachen, Göttinger Diss., 1909, S. 120.

[94]) Planck, III, § 1256 Note 3; Crome, System, III, S. 258, § 388, V A. 48.

[95]) Grundmann, S. 44; Emmerich, S. 484, § 70 A. 493; Wolff, § 160, V; Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 3.

[96]) Emmerich, S. 484, § 70 A. 493; A. M. Schwedler, S. 156.

nachstehenden Berechtigten abstößt[97]), ist nicht ersichtlich, da er doch behandelt werden soll, als sei er eine vom Eigentümer verschiedene Person.

Man kann auch nicht sagen, daß der Pfandverkauf deswegen ausgeschlossen sei, weil das BGB. in den Bestimmungen über den Pfandverkauf Eigentümer und Gläubiger stets als verschiedene Person ansehe[98]). Emmerich[99]) weist sehr richtig darauf hin, daß, abgesehen von § 1256 BGB., im Mobiliarpfandrecht Eigentümer und Gläubiger stets als verschiedene Personen angenommen sind, ohne daß daraus die Folgerung gezogen ist, daß ein Eigentümerpfandrecht unmöglich ist. Das Gesetz ist eben nur von dem Regelfall ausgegangen.

Daß eine Befriedigung aus der eigenen Sache nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich weiterhin daraus, daß in § 369 Abs. I HGB. und § 370 Abs. I und III HGB. dem Gläubiger auch dann wegen seines Zurückbehaltungsrechts ein Befriedigungsrecht aus der Sache gegeben wird, wenn diese in sein Eigentum übergegangen ist[100]).

5. Im übrigen hat der Eigentümer-Gläubiger etwaige Nutzungsrechte und -pflichten an der Sache. Er ist gegenüber nachstehenden Berechtigten verwahrungspflichtig und kann auch gegebenenfalls einen Sicherungsverkauf wegen Wertminderung der Sache vornehmen, da er ja auch zum Pfandverkauf berechtigt ist[101]).

6. Einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen hat der Eigentümer-Gläubiger dagegen nicht, da diese Ansprüche sich gegen den Verpfänder richten und somit letzten Endes gegen den Eigentümer selbst. Vor allem wird anzunehmen sein, daß die Verwendungen stets in der Eigenschaft als Eigentümer vorgenommen sind, da der Eigentümer das primäre Interesse an der Erhaltung der Sache hat[102]).

7. Betreibt der Eigentümer-Gläubiger den Pfandverkauf, so haben die nachstehenden Berechtigten das jus offerendi nach §§ 1249, 268 BGB., da es sich hier um die Ausübung eines echten Pfandrechts handelt[103]).

[97]) Endemann, II, 1, S. 898, § 134 A. 18, lehnt deswegen den Pfandverkauf ab. Ebenso Crome, System, III, § 388, S. 258 A. 48 und v. Tuhr, II, 1, S. 81 A. 123.
[98]) Biermann, Sachenrecht, § 1256 Note 3; Staudinger, III, § 1256 Note 2, b, γ.
[99]) Emmerich, S. 484, § 70 A. 493; So auch Grundmann, S. 45.
[100]) Emmerich, S. 484, § 70 A. 493.
[101]) Emmerich, S. 229 § 45.
[102]) A. M. Emmerich, S. 229, § 45 A. 475 u. 476 und der dazu gehörige Text.
[103]) Gerland, S. 347; Grundmann, S. 44.

§ 25.

Ursprüngliche Bestellung.

Die Zulässigkeit einer ursprünglichen Bestellung eines Eigentümerpfandrechts an beweglicher Sache durch den Eigentümer selbst wird mit Recht allgemein abgeleugnet[104]).

Zwar ist es, wie wir gesehen haben, nicht begrifflich ausgeschlossen, daß Eigentum und Pfandrecht von vornherein nebeneinander bestehen. Voraussetzung dafür ist aber, daß das Pfandrecht seinem Subjekt Befugnisse gewähren kann, die es nicht schon in seiner Eigenschaft als Eigentümer hat. Die einzige Befugnis, die ein originäres Eigentümerpfandrecht gewähren kann, ist die, später an der Sache entstehende Rechte auf einen schlechteren Rang zu verweisen. Dieses Interesse ist aber nicht als ein rechtliches im Sinne des § 1256 BGB. anzuerkennen[105]). Da zur Zeit der Bestellung nachstehende Berechtigte nicht vorhanden sein können, muß die Möglichkeit eines ursprünglichen Eigentümerpfandrechts abgelehnt werden.

Außerdem erfordert die Bestellung eines Pfandrechts die Einigung zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger. Die Einigung setzt also zwei verschiedene Personen voraus, während hier der Eigentümer sich mit sich selbst einigen müßte. Das ist aber, wie auch § 181 BGB. ergibt, unzulässig[106]).

Hinzu kommt, daß das BGB. immerhin das Recht an der eigenen beweglichen Sache als eine Ausnahmeerscheinung

[104]) Planck, III, § 1256 Note 3; Staudinger, III, § 1204 Note I, 1, f; Grundmann, S. 38; Etzold, Zwangsvollstr. d. Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verk. Sache, Frankf. Diss., 1928, S. 18; Emmerich, S. 33; v. Bergen, Pfändung eigener Sachen, Göttinger Diss., 1909, S. 18; A. Müller, Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts, 1907, S. 110; Hallbauer-Fuchs, Pfandrecht, 1907, S. 4; Stein-Jonas, Z.P.O., II, § 804 Note 2, 4, S. 661; v. Tuhr, II, 1, S. 80 A. 113; Callmann, in Bankarch., 1905/1906, 5. Jahrg., S. 279; Falkmann, Zwangsvollstreckung, 1914, S. 636; L. G. München, 22. 5. 1900, in Jur. Rundschau, 5. Jahrg., 1901, Nr. 1333, S. 355; O. L. G. Bamberg, 5. 12. 1905, in Arch. f. Zivil- u. Kriminalrecht der Rheinprovinz, 1906, Bd. 102 (neue Folge Bd. 59), S. 198; O.L.G. München, 29. 1. 1909, in O.L.G. Rechtspr., 1909, Bd. 18, S. 400; O.L.G. München, 20. 4. 1912, in O.L.G. Rechtspr., 1912, Bd. 25, S. 173; O.L.G. Celle, 4. 6. 1913, in O.L.G. Rechtspr., 1913, Bd. 27, S. 173; K. G., 30. 6. 1911, in O.L.G. Rechtspr., 1911, Bd. 23, S. 211; R. G., 18. 10. 1918, in Leipz. Ztschr., Jahrg. 13, 1919, S. 384; Wunderlich, S. 20, § 6, I; Schreiber, Schuld u. Haftung, S. 283. Vgl. auch Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit, S. 171 ff.

[105]) vgl. oben, S. 65, 66.

[106]) RG., Bd. 47, S. 209.

auffaßt. Eine weitere Auslegung dieser Ausnahmebestimmung ist mindestens bedenklich[107]).

Dem ursprünglichen Eigentümerpfandrecht würde auch jede Offenkundigkeit fehlen, da es nur in der Gedankenwelt des Eigentümers entstehen würde und eine Eintragung, wie z. B. in das Grundbuch, nicht stattfindet. Bei dem abgeleiteten Recht ist wenigstens die Entstehung des Pfandrechts einwandfrei nachzuweisen und äußerlich erkennbar.

Gerlands Annahme[108]), daß ein solches ursprüngliches Pfandrecht durch Vertrag mit den Nachgläubigern zustande kommen könne, ist nur teilweise richtig. Man kann sich wohl mit späteren Berechtigten dahin einigen, daß eine bestimmte Quote der Sache dem Eigentümer erhalten bleiben soll. Dadurch wird aber kein Pfandrecht begründet, da dieser Vereinbarung jede absolute Wirkung fehlt. Sie richtet sich nur gegen diejenigen, mit denen sie abgeschlossen ist[109]).

---

[107]) Staudinger, III, § 1204 Note I, 1, f.
[108]) Gerland, S. 347, 348.
[109]) vgl. Grundmann, S. 48 ff.

Lebenslauf.

Ich, Heinz Adolf Scheel, bin am 19. Mai 1908 als Sohn des Lehrers Paul Scheel und seiner Ehefrau Ina, geb. Beuthien, in Lübeck geboren. Von Ostern 1914 bis Ostern 1916 besuchte ich die v. Großheimsche Realschule in Lübeck. Von Ostern 1916 ab besuchte ich das Katharineum in Lübeck, auf dessen realgymnasialer Abteilung ich im Jahre 1926 das Reifezeugnis erhielt. Meine rechtswissenschaftlichen Studien betrieb ich im Sommer-Semester 1926 in Tübingen, vom Winter-Semester 1926/27 bis zum Sommer-Semester 1928 in Marburg, im Winter-Semester 1928/29 in Hamburg und im Sommer-Semester 1929 sowie im Winter-Semester 1929/30 wiederum in Marburg. Am 13. August 1930 legte ich bei dem Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung ab. Im September 1930 wurde ich zum Referendar ernannt. Meine Ausbildung als Referendar habe ich in Lübeck genossen.